

# El derecho de la competencia en la OMC: inventario y perspectiva

Pablo SYLVESTER FLEMING (\*)

## I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, en esta misma colección se publicó un artículo que abordaba la cuestión de la relación entre el Derecho de la competencia y el comercio internacional y su tratamiento dentro del foro de la OMC (1). En ese momento, la cuestión estaba siendo ampliamente debatida por el “Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia” (en adelante, GT), creado en el seno de dicha organización por la Conferencia Ministerial celebrada en Singapur en diciembre de 1996 y que acaba de elevar su primer informe al Consejo General (2). Hoy en día, tras el freno que, por falta de consenso entre los Estados miembros, supuso para este tema la Conferencia Ministerial de Cancún y su posterior eliminación de las negociaciones de la actual Ronda de Doha (3), podría tratarse de un buen momento para ensayar un inventario de los problemas que presenta esta materia y de los trabajos desarrollados por el GT tendientes a su clarificación, los cuales deberán servir indudablemente de punto de partida para futuras iniciativas de lograr un acuerdo multilateral que regule las prácticas anti-competitivas de las empresas con incidencia en el comercio internacional.

## II. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Existe un consenso cada vez mayor entre los Estados que conforman la Comunidad Internacional en el sentido de que la libre competencia en los mercados constituye un instrumento fundamental para lograr el desarrollo y la eficiencia

económica y elevar el nivel de vida de sus ciudadanos (4). A modo de esbozo simplemente, las prácticas mediante las cuales las empresas privadas pueden obstaculizar la libre competencia en un mercado pueden resumirse en dos tipos de comportamientos: acuerdos colusorios entre estas empresas o el abuso por parte de una de ellas de su posición de dominio en dicho mercado. Igualmente, la competencia puede verse restringida mediante concentraciones de empresas que, por medio de esa transacción, obtengan un elevado poder de mercado sin que, por las características del mercado y de los competidores, este deterioro de la competencia pueda ser resistido por las otras empresas que operan en ese mercado (5).

El problema que suponen estas prácticas restrictivas de la competencia para el desarrollo del comercio internacional no es nuevo. Ya la Carta de La Habana que creaba la Organización Internacional del Comercio (OIC), dedicaba todo su capítulo V a las medidas “*para evitar, por parte de las empresas comerciales privadas o públicas, prácticas comerciales que en el comercio internacional restrinjan la competencia, limiten el acceso a los mercados o favorezcan el control monopolista en todos los casos en que tales prácticas produzcan efectos perjudiciales en la expansión de la pro-*

(\*) Abogado, Universidad de Buenos Aires.

(1) Miguel Montaña Mora, “*La OMC y el Derecho de la Competencia: ¿hacia un Derecho de la Competencia mundial?*”, GJUEC, n° 200, abril-mayo 1999, p. 67 y ss.

(2) Informe (1998) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia al Consejo General, WT/WGTCP/2, 8 de diciembre de 1998 (en adelante, Informe 1998).

(3) Ver Decisión del Consejo General de 1° de agosto de 2004, punto 1.g) 2° párr., documento WT/L/579. De los denominados “temas de Singapur”, sólo el referido a la facilitación del comercio permanece en la agenda de Doha

(4) En este sentido, recientemente se ha señalado que: “*It is generally recognized that competition law and policy benefits consumer welfare, efficiency, the promotion of market opportunities, economic growth and development. Furthermore, in a context of globalization, as recognized by the Eleventh UNCTAD Conference at Sao Paulo last year, competition policy plays a role in promoting competitiveness, building entrepreneurship, facilitating market access and entry, enhancing the equity of the international trading system and ensuring that trade liberalization brings about development gains*” cfr. Declaración del Secretario General de la UNCTAD en la Quinta Conferencia de Naciones Unidas para la Revisión de todos los aspectos del Conjunto sobre Principios y Normas sobre Competencia de Naciones Unidas, Antalya, Turquía, 14 de noviembre de 2005.

(5) Entre la innumerable bibliografía anglosajona en la materia puede verse, con respecto a Estados Unidos, Von Kalinowski, “*Antitrust Laws and Trade Regulations*”, Ed. LexisNexis, 2ª edición; y Philip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, “*Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*”, Ed. Aspen Publishers, Inc.; referido a la Unión Europea, Valentine Korah, Ed. Gral. “*Competition Law of the European Community*”, 2ª edición, Lexis Nexis, septiembre 2002; “*EC Competition Law Reporter*”, Sweet & Maxwell, 2000; Van Bael & Bellis, “*Competition Law of the European Community*”, 4ª edición, Kluwer Law International, 2005; en español, entre muchos otros, J.M. Beneyto Dir. “*Tratado de Derecho de la Competencia*”, 4 tomos, Ed. Bosch, 2005; y José Eugenio Soriano García, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons, 1998.

ducción o del comercio (...)” (6). Sin embargo, posteriores intentos de remediar la ausencia de normas sobre prácticas anti-competitivas durante la época del GATT no tuvieron mayor éxito (7).

Desde el análisis económico, se han definido como *fallos del mercado* (“*market failure*”) aquellas situaciones en donde el mercado no es capaz por sí mismo de alcanzar el óptimo, definido como la asignación de recursos en la cual no es posible aumentar el bienestar de un agente sino a costa de una pérdida de bienestar por parte de otro (concepto de “*óptimo en sentido de Pareto*”). Estos fallos, en algunos casos, pueden tener su origen en los comportamientos restrictivos de la competencia antes mencionados, llevados a cabo por operadores privados del mercado. Como consecuencias de estas prácticas, los precios aumentan (superan el costo marginal en los que los situaría la competencia perfecta) y la producción disminuye artificialmente, generando despilfarro económico; es decir, un uso no óptimo de los recursos. En este escenario, las empresas obtienen un beneficio exorbitante a costa de los consumidores y de la eficiencia económica en general.

Estas situaciones de competencia imperfecta, además, pueden dar lugar a *efectos desbordamiento*, por medio de los cuales el bienestar de un país se ve afectado por el comportamiento de empresas situadas en otro país. Estos desbordamientos introducen una distorsión en los intercambios comerciales ya que una serie de empresas captan para sí mismas los beneficios esperados por los Estados y sus habitantes mediante la

apertura de sus mercados a la competencia de empresas extranjeras (8).

Al respecto, se han identificado básicamente tres áreas de conflicto en donde pueden presentarse estos *efectos desbordamiento*, a saber:

#### 1. Prácticas que afectan el acceso a los mercados para las importaciones

Entre estas conductas cabe mencionar, en primer lugar, las restricciones verticales que persiguen cerrar a los competidores extranjeros el acceso a los distribuidores locales. Estos acuerdos son considerados el mayor ejemplo de prácticas tendientes a crear barreras en el acceso al mercado por parte de operadores privados (9). A modo meramente enunciativo, se han mencionado, entre otras, “*los acuerdos de distribución exclusiva, las ventas condicionadas a la compra de otros productos del mismo fabricante, los descuentos por fidelidad que desincentivan la distribución de otros fabricantes e incluso los boicots de distribución*” (10).

Este tipo de prácticas ya dio lugar, en su momento, a la formación de un Grupo Especial en la OMC, en el marco de la controversia que enfrentaba a los Estados Unidos y Japón en el caso conocido como *Kodak/Fuji* (11). Este caso sirvió para demostrar las limitaciones del sistema de la OMC el cual está dirigido exclusivamente a combatir las perturbaciones del comercio internacional provocadas por Estados y no aquellas generadas por agentes privados (12).

(6) Conf. artículo 46 de la Carta. Como es sabido, la Carta nunca entró en vigor, debido, en gran medida, a su rechazo por parte del Congreso de Estados Unidos y, por tanto, la OIC nunca vio la luz. Sin embargo, es considerada como un antecedente de la OMC ya que el GATT fue creado como un Protocolo de Aplicación Provisional hasta tanto la Carta fuera adoptada y su contenido fue extraído, con algunas adiciones, del Capítulo IV de la Carta, referido a la Política Comercial.

(7) Así Carlos María Correa, en su trabajo “*Competition Law and Development Policies*”, publicado en la obra colectiva “*Towards WTO Competition rules*” Kluwer Law International - La Haya-Londres-Boston, 1999, señala una Decisión de un grupo de expertos reunidos para tratar el asunto en 1960 en la cual se concluía que: “(...) *in present circumstances it would not be practicable for the Contracting Parties to undertake any form of control of such practices nor to provide for investigation*” (p. 371). El *racconto* de otros intentos también puede encontrarse en *Política de competencia y política comercial: ¿hacia un acuerdo multilateral?* Antonio María Avila Alvarez - Miguel Angel Díaz Mier, Instituto Madrileño de Desarrollo, Cámara - Madrid, 2003

(8) Para un desarrollo económico sencillo de estas cuestiones, puede verse Samuelson-Nordhaus, *Economía*, McGraw-Hill, 14ª edición, capítulos 9-12 y 20.

(9) Ver Josef Drexl, *Trade-related restraints of Competition: the Competition policy approach*, en *Towards WTO...* p. 243 y obras allí citadas.

(10) *Vid.* Miguel Montaña Mora, op. cit., p. 69.

(11) Ver informe del Grupo Especial de 5 de diciembre de 1997, WT/DS44/R de 3 de marzo de 1998.

(12) En este caso, introducido por Estados Unidos a instancias de Kodak, se cuestionaba el sistema de distribución puesto en práctica por Fuji, operador dominante en el mercado japonés. Según Estados Unidos, aunque no existía un acuerdo de exclusividad con los distribuidores de Fuji, esta exclusividad se conseguía mediante amenazas implícitas de negarse a vender a aquellos distribuidores que comercializaran productos de competidores y mediante la implementación de un sistema de rebajas basado en el volumen de ventas. El panel concluyó que la conducta de Japón no había violado las obligaciones adquiridas bajo el GATT.

Otras prácticas incluidas en esta categoría serían los cárteles de importadores y medidas análogas, así como algunos supuestos de derechos exclusivos (13) o especiales concedidos por el Estado a determinadas empresas. En esta categoría cabría incluir, además, aquellos cárteles internacionales cuya finalidad es el reparto de los mercados entre las empresas que lo componen.

En la medida en que la liberalización comercial y las medidas desreguladoras hasta el presente se han limitado a combatir las barreras al comercio erigidas por los Estados, su incidencia ha sido sensiblemente menor en la eliminación este tipo de conductas, como después se verá.

## 2. Prácticas que afectan indistintamente a varios mercados

En esta categoría cabe situar principalmente a los cárteles internacionales, que golpean con similar intensidad la economía de varios países (como se ha puesto de manifiesto en reiteradas oportunidades, los países en vía de desarrollo aparecen entre los principales afectados por este tipo de prácticas (14)) y cuyo combate se presenta como especialmente complicado, dada la dispersión de la evidencia sobre la colusión entre varios países y el carácter eminentemente nacional de las autoridades encargadas de la observancia de las normas de competencia (15). Estos cárteles, por lo general integrados

(13) Entre estos derechos exclusivos, además de a los monopolios de creación estatal, cabe incluir también a los derechos de propiedad intelectual cuyo uso abusivo, tendente, por ejemplo, a impedir las importaciones paralelas, puede afectar al comercio internacional. Esta preocupación encuentra respuesta parcial en los artículos 8.2 y 40 del Acuerdo TRIPS que prohíben el abuso de los derechos de propiedad intelectual que afecten injustificadamente al comercio o a la competencia.

(14) Al respecto, véase, por ejemplo, las cifras e informes citados por Frédéric Jenny, *Competition, trade and development before and after Cancún*, Fordham Corporate Law Institute, 2003, Chapter 26, p. 637-639. Según esos informes, el daño económico que la acción de los cárteles ocasiona a los países en desarrollo equivale a por lo menos la mitad de la ayuda internacional para el desarrollo y la supresión de estos efectos sería similar a la reducción en un 50% de las actuales tarifas agrícolas de los países desarrollados. Igualmente, se ha señalado que: “*It has been estimated, for example, that developing economies paid between \$ 12.5 billion and \$ 25 billion more than they should have done throughout the 1990s for just 12 products that were the subject of international cartels prosecuted by a few major jurisdictions*”, cfr. Declaración del Secretario General de la UNCTAD antes mencionada.

(15) Para algunos ejemplos de cárteles internacionales y los problemas que presenta desde el punto de vista de la competencia, *vid.* Frédéric Jenny, *op. cit.*, p. 632 y ss. En este sentido, se ha señalado a la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) como un ejemplo de cártel internacional (ver Samuelson-Norhaus, *op. cit.*) aunque su fundamento político y su conformación estatal le otorgan sin duda un carácter especial.

por empresas de gran tamaño, son especialmente gravosos para el comercio internacional, sobre todo los denominados cárteles intrínsecamente nocivos o *hard-core cartels*, entre los que figuran la fijación a escala internacional de los precios o de la producción, el reparto internacional de mercados o el denominado *bid-rigging* (16).

## 3. Prácticas que afectan principalmente a terceros Estados

Cabe englobar en esta categoría aquellas prácticas que si bien tienen origen en un Estado, sus efectos nocivos se producen principalmente en otro o en otros Estados. Al respecto, cabe referirse en primer término, a los cárteles de exportación así como los abusos transfronterizos de posición de dominio (17). En este sentido, cabe destacar que generalmente las autoridades nacionales de observancia carecen de competencia para contrarrestar prácticas cuyos efectos no se producen dentro del territorio bajo su jurisdicción (18). A ello cabe agregar que, en numerosos casos, los Estados no demuestran

(16) El *bid-rigging* consiste en acuerdos entre empresas para repartirse entre ellas la concesión de contratos con la Administración pública, ver *Competition Law of the European Community, op. cit.*, 2, 7A.03 [4]. Un ejemplo reciente de esta práctica, aunque con alcance meramente regional, puede verse en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español de 5 de junio de 2006, en el Expte. 590/05, *Ambulancias Orense*.

(17) Se ha señalado al derecho de la competencia como un modelo superador de las prácticas antidumping actualmente existentes en la OMC. Así, algunos países propusieron en el marco del GT que se exceptuara de procedimientos antidumping a aquellos países que incorporaran una normativa de defensa de la competencia que contuviera determinados estándares (ver Comunicación de Hong Kong, China de 6 de marzo de 1998, WT/WGTCP/W/64). Sin embargo, cabe destacar que, aunque afines, ambos tipos de normas responden, en principio, a lógicas distintas: mientras que las medidas antidumping busca proteger el *fair trade*, el derecho de la competencia busca como *ratio* última, la defensa del consumidor. De esta forma, por ejemplo, las prácticas de dumping pueden resultar beneficiosas para el consumidor del país importador ya que lo enfrenta a unos niveles de precios más bajos, aunque, evidentemente, son altamente perjudiciales para la industria de ese mismo país, que padece las consecuencias de la discriminación de precios (comercio injusto).

(18) Tal es el caso, por ejemplo, de las agencias antitrust norteamericanas; véase artículo 1 y 2 de la Sherman Act, que prevé su aplicación contra prácticas que afecten al comercio entre Estados (se refiere a los Estados que conforman los EEUU, o sea, al comercio interno) o al comercio exterior (de los Estados Unidos, vale agregar).

demasiado interés en reprimir este tipo de conductas que pueden generar elevados beneficios para sus industrias (19).

### III. POSIBLES SOLUCIONES: LA COOPERACIÓN BILATERAL Y LAS DIFERENTES PROPUESTAS MULTILATERALES

Frente a los problemas que plantean las derivaciones internacionales del Derecho de la competencia, las respuestas que se han propuesto han sido variadas. Estas propuestas abarcan desde posturas extremas -como las tesis que propugnan soluciones unilaterales de aplicación extraterritorial de las leyes nacionales o los intentos maximalistas de crear un derecho mundial de la competencia, cuya aplicación y observancia estaría a cargo de una autoridad también internacional-, hasta posiciones más medidas y pragmáticas, como los acuerdos bilaterales de cooperación voluntaria entre las autoridades de competencia o los tratados multilaterales, tanto regionales como globales.

Parece conveniente descartar rápidamente las soluciones puramente unilaterales por su insuficiencia para hacer frente a varios de los problemas aquí planteados, como serían los referidos a los cárteles a la exportación cuyos efectos se producen en terceros Estados o los cárteles internacionales que afectan a Estados que no poseen instrumentos legales o técnicos para hacerles frente (20). Por lo demás, incluso los autores más identificados con este tipo de soluciones, abogan por algún grado de cooperación voluntaria, ya sea mediante acuerdos bilaterales o a través de sistemas de redes de cooperación (21), para dar respuesta a aquellos problemas que exceden las posibilidades de aplicación de una normativa de competencia exclusivamente nacional.

(19) Así fue puesto de manifiesto en el GT, en donde se afirmó referido a los cárteles de exportación que "(...) sus efectos destructivos sobre el comercio internacional y el desarrollo podrían ser mayores de lo que se creía generalmente ya que la mayor parte de los países no insistía en el registro de esos cárteles; simplemente se limitaban a hacer caso omiso de su existencia" cfr. Informe 1998, ap. 89.

(20) Algunos argumentos sobre las carencias de esta solución pueden encontrarse en la obra de Frédéric Jenny citada *ut supra* (vid. notas 14 y 16) p. 642.

(21) Ver entre otros, Harry First *Towards an international Common Law of Competition en Towards WTO...*, p. 102 y ss.; Daniel Lewis *Harmonisation and its limits*, Fordham Corporate Law Institute, 2001, capítulo 2, p. 7 y ss.

Otro tanto cabe decir de las soluciones maximalistas que, en sintonía con el sistema desarrollado en la Unión Europea, propugnan, también para el orden mundial, la armonización de la normativa sobre competencia en un tratado internacional y la creación de una autoridad supranacional encargada de su aplicación. Estas soluciones aparecen como políticamente irrealistas en el estado actual del debate (22) dadas las diferencias existentes entre los sistemas y objetivos de política de la competencia (23), los diferentes niveles de desarrollo económico y la renuencia de los Estados a abandonar el ejercicio de su soberanía en una materia con gran repercusión en la economía y en la industria (24).

De esta forma, por tanto, dejadas de lado las propuestas más teóricas o, si se quiere, más ideológicas, nos referiremos, en primer término a la mecánica de los acuerdos de cooperación bilateral que algunos Estados han ido celebrando para suplir las limitaciones de una aplicación puramente nacional de la normativa de competencia, para, posteriormente y antes de abordar ya el tratamiento de esta problemática en la OMC,

(22) Al respecto ver lo señalado por Rafael Illescas *Hacia un orden internacional de defensa de la competencia: estado de la cuestión* publicado en *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, Dir. J.M. Beneyto Pérez, Ed. Bosch, 2002, capítulo 18, p. 411: "*Las medidas por venir en la materia y previsibles en el momento actual no son maximalistas ni pueden serlo dada la falta de homogeneidad mundial en los condicionantes metajurídicos que antes se señalaron*". Entre estos condicionantes, el autor destaca la necesidad de un planteamiento ideológico mínimo en lo que concierne a la organización de la actividad económica, una política comercial internacional de corte librecambista, un relativo grado de desarrollo industrial y el convencimiento de las ventajas que genera la implementación de una política de la competencia.

(23) En este sentido, los acuerdos multilaterales de mínimos al tipo del propuesto en la OMC han sido presentados como respondiendo a un criterio *second best*, dada la imposibilidad de alcanzar una armonización legislativa en la materia.

(24) Entre estas propuestas maximalistas, se ha incluido al Proyecto de Código Internacional de Competencia (DIAC, según sus siglas en inglés), preparado por un equipo de especialistas en derecho de la competencia y dado a conocer en julio de 1993. La intención confesa era introducir el DIAC como un acuerdo plurilateral dentro de la futura OMC. Sin embargo, sus propios autores reconocían lo ambicioso de su propuesta y las dificultades que encontraría para lograr el consenso entre los Estados miembros de la futura organización. El DIAC, entre otras medidas, proponía la creación de una Autoridad Internacional de Competencia ("IAA" International Antitrust Authority) con la facultad de requerir a las autoridades y jurisdicciones nacionales el inicio de investigaciones por violaciones de las normas de competencia así como un órgano de solución de controversias (International Antitrust Panel), ante el cual estarían legitimados tanto los Estados miembros como la IAA.

mencionar otros foros multilaterales que han desplegado una importante tarea para esclarecer y tratar de ofrecer respuestas a esta controvertida cuestión.

### 3.1. La cooperación bilateral

La celebración de acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación del derecho de la competencia es una práctica cada vez más común entre los Estados (25). Estos acuerdos generalmente prevén el establecimiento de relaciones de cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la normativa de competencia y la coordinación de procedimientos que afecten a las jurisdicciones de ambas partes. Así, entre sus previsiones más comunes se encuentran la obligación de notificación del inicio de un procedimiento, la realización de consultas y el intercambio de información no confidencial entre las autoridades de observancia, y la posibilidad de coordinación y cooperación de sus procedimientos e investigaciones.

Mención aparte merecen los compromisos de cortesía negativa o tradicional y cortesía positiva (“*comity*” y “*positive comity*”), generalmente insertos en esta clase de acuerdos.

La cortesía negativa consiste en la abstención por una de las partes al inicio de un procedimiento que puede afectar a “intereses importantes” de la otra parte (26).

Mediante la cortesía positiva, las autoridades de una de las partes, cuyos nacionales se vean afectados por las prácticas anticompetitivas originadas en el otro Estado, pueden solicitar a las autoridades de competencia de este último la apertura de una investigación a fin de reprimir estos comportamientos nocivos (27). Este mecanismo es generalmente voluntario para la autoridad requerida y opera cuando el comportamiento resulta violatorio a la luz de la ley del país en cuyo territorio ocurre, con independencia de que sea o no lícito en la legislación del país requirente.

(25) El modelo para este tipo de acuerdos está generalmente representado por los Acuerdos de cooperación de 1991 (DOCE, L-095, 27.04.95 P, p. 47-52) y de cortesía positiva de 1998 (DOCE, L-173, 18.06.98, p. 28-31) celebrados entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas. Para un breve resumen de las disposiciones de estos acuerdos, puede verse Van Bael & Bellis, op. cit., p. 161 y ss.

(26) Ver por ejemplo art. V del acuerdo CE/US de 1991.

(27) Art. III del acuerdo CE/US de 1998.

Estos acuerdos bilaterales de cooperación han demostrado ser especialmente efectivos en el caso de concentraciones (28). Sin embargo, presentan importantes limitaciones para contrarrestar otras prácticas anti-competitivas de alcance internacional.

Así, entre las insuficiencias, se ha señalado, en primer lugar, el carácter voluntario de estos acuerdos: cada país elige, según su conveniencia, aquellos países con los cuales establecer lazos de cooperación. De esta forma, en algunos supuestos, un Estado puede obtener importantes beneficios de una práctica anti-competitiva con consecuencias únicamente en un tercer Estado (por ejemplo, un cártel de exportación) y, por tanto, mostrarse poco interesado en su disuasión mediante la cooperación.

Además, se ha planteado la cuestión de si esta discrecionalidad de los Estados para celebrar acuerdos de cooperación con sus socios comerciales no resulta inconsistente con el principio de no-discriminación adquirido a través del GATT, ya que se conceden ventajas comerciales a algunos de los Estados miembros sin trasladarlas a los restantes. Igualmente, se ha puesto de manifiesto los problemas que acarrearía un escenario en donde, frente a una práctica anti-competitiva determinada que afectara a varios países, algunos de ellos estuvieran ligados mediante pactos de cooperación y otros no. Resulta evidente, más allá de la falta de optimización en el empleo de los instrumentos de observancia y el alcance parcial de las medidas de disuasión que se adoptaran, que los países excluidos de la cooperación se encontrarían en una situación de desventaja y la eficacia de sus procedimientos de observancia se vería seriamente limitada.

En este sentido, se ha destacado el poco interés de los países desarrollados en entrar en este tipo de negociaciones con los países en vía de desarrollo (29), cuya importancia económica

(28) Así, puede mencionarse la cooperación establecida entre la Comisión Europea y las agencias norteamericanas de competencia (la Federal Trade Commission (FTC) y la División Antitrust del Department of Justice (DOJ)), entre otros, en los casos *Solvay/Montedison-Ausimont* (M.2690 09.04.02), *WorldCom MCI/Sprint* (M.1741, DOCE 2000 L300/1), *Alcoa/Reynolds* (M. 1693, DOUE 2002 L58/25), *Metso/Svedala* (M.2033 DOUE 2004 L88/1) y *Exxon/Mobil* (M.1383, DOUE 2004 L103/1).

(29) Una excepción es el capítulo sobre Política de Competencia en el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Costa Rica y Canadá, el cual ha sido señalado como modelo para futuros acuerdos entre países de crecimiento económico disímil. Para un análisis de este acuerdo y sus posibles implicancias, véase Pamela Sittenfeld *International cooperation between developed and developing countries*, en Fordham Corporate Law Institute, 2003, capítulo 29, p. 695.

es menor y que, en muchos casos, además no poseen una legislación sobre competencia. Sin embargo, estos países se encuentran entre los mayores perjudicados por las prácticas anti-competitivas originadas en países desarrollados (30), precisamente por esa ausencia de medios apropiados de represión.

Un segundo argumento con respecto a la insuficiencia de estos acuerdos es que, generalmente, la cooperación en los casos concretos es también voluntaria y sólo es puesta en práctica cuando responde al interés mutuo de las partes. De esta forma, así como estos acuerdos han demostrado ser efectivos cuando los intereses de las partes son similares, mucho más difícil resulta su uso en aquellos casos en que los efectos perniciosos sobre la competencia son asimétricos o para hacer frente a un problema comercial.

Se ha destacado la eficacia demostrada por este tipo de acuerdos para hacer frente a aquellas prácticas anticompetitivas que, si bien en muchos casos no plantean un problema comercial, usurpan parte de los beneficios generados por las ventajas comerciales concedidas por los Estados, como sería el caso de un cártel de exportación. No obstante, como se ha señalado anteriormente, en la mayoría de los casos, estas soluciones son solamente parciales porque excluye a un buen número de países (generalmente países en vías de desarrollo) que se encuentran entre los más afectados por este tipo de prácticas (31).

(30) Esta idea fue claramente expresada en el seno del GT donde se sostuvo que: “(...) *los cárteles internacionales y prácticas similares con frecuencia afectaban a países no abarcados por los acuerdos bilaterales. Por otra parte, tal vez los países con regímenes de competencia más avanzados tuvieran poco interés en cooperar con países donde la observancia de la legislación sobre competencia se consideraba insuficiente. Finalmente, muchos países quedaban excluidos de los beneficios de tales acuerdos*” (Informe (2002) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (en adelante, Informe 2002), 9 de diciembre de 2002, WT/WGTCP/6, ap. 52).

(31) Este tipo de cooperación tampoco resuelve la denominada lógica del *free-rider*, que postula que, desde una óptica económica, ningún país perseguiría sus cárteles de exportación a menos que estuviera seguro de que todos los demás actuarían de igual modo. De esta forma, un acuerdo entre varios países para reprimir este tipo de prácticas beneficiaría a aquel país que se mantuviera fuera del acuerdo y que estableciera en su legislación exenciones para este tipo de cárteles. Sus consumidores serían protegidos de las distorsiones de precios por las autoridades de competencia de los restantes países mientras que sus empresas obtendrían beneficios colusorios en los mercados de estos países. Este problema puede previsiblemente ser superado en un marco multilateral de amplio alcance.

Por otro lado, estos acuerdos han dado muestras de ser claramente deficitarios para responder a las prácticas que generan a la vez problemas de acceso al mercado y de competencia como serían, por ejemplo, los cárteles y otras restricciones a la importación. En este tipo de situaciones, el Estado en el cual estas prácticas se desarrollan puede sucumbir a las presiones de su propia industria, beneficiaria de los comportamientos anti-competitivos, y no suele prestarse de muy buen grado a una actuación coordinada para su erradicación, tal y como lo prueba el asunto *Kodak/Fuji* antes mencionado.

### 3.2. Iniciativas multilaterales

Los acuerdos de cooperación bilateral, por tanto, aunque de una importancia innegable, no ofrecen una respuesta adecuada, dado su alcance reducido, a algunas de las prácticas restrictivas de la competencia que afectan al comercio internacional. Por ello, algunos Estados (32) comenzaron a plantear la necesidad de buscar una solución superadora en el plano multilateral.

En los últimos tiempos, estos intentos, fundamentalmente en lo que respecta a lograr un marco vinculante, han estado monopolizados por el debate entablado en la OMC. Sin embargo, y en muchos casos, desde mucho antes, un buen número de organizaciones internacionales han dedicado una parte importante de sus esfuerzos al estudio de estas cuestiones y han elaborado importantes documentos que, en varias ocasiones, han servido de orientación a los Estados a la hora de diagramar o revisar su normativa de competencia.

Entre estas organizaciones cabe destacar, por su calidad y divulgación, los extensos trabajos realizados por la UNCTAD y la OCDE, los cuales, a pesar de su indudable importancia,

(32) El liderazgo en estas iniciativas, sobre todo en lo referido al tratamiento en la OMC y los esfuerzos por conseguir un acuerdo vinculante en materia de competencia, ha sido ejercido por la Unión Europea. Al respecto, ver, por ejemplo, el denominado informe Van Miert, elaborado por un grupo de expertos independientes y funcionarios de la Comisión Europea y dado a conocer en julio de 1995 (“*Competition policy in the new trade order: strengthening international co-operation and rules*”). En ese informe se plasma la visión de la Unión Europea sobre la competencia en el plano internacional, orientando en lo sucesivo la política de la UE en la materia.

no serán, por razones de espacio, objeto de un mayor comentario (33).

La International Competition Network (ICN), por su parte, es un foro de reciente aparición, nacido bajo los auspicios del Fordham Corporate Law Institute en octubre de 2001 y dedicado exclusivamente a la discusión de las cuestiones derivadas de la aplicación de la normativa de competencia. Su objetivo es servir de nexo entre las autoridades nacionales encargadas de la observancia de la normativa de competencia a fin de lograr una mayor cooperación y entendimiento en el tratamiento de los problemas que les son comunes y compartir entre ellas enfoques y experiencias (34).

La característica común de los trabajos de todos estos grupos es su carácter no vinculante para los Estados, contrariamente a los compromisos adquiridos en el ámbito OMC. Sin embargo, dada la amplia participación de la Comunidad Internacional en los debates y el alto nivel técnico alcanzado, la labor de estas organizaciones ha ido creando una suerte de *soft-law* a la cual, en no pocas ocasiones, los Estados han tratado de ir ajustando su normativa de competencia. Precisamente, además, esta ausencia de normas jurídicas obligatorias lleva a que los Estados participen de una manera más franca y entusiasta, sin las precauciones y cautelas propias de una negociación encaminada a lograr compromisos vinculantes. De igual manera, estas organizaciones, en gran medida, han ayudado a ir desarrollando una cultura de competencia en Estados que carecían de ella previamente y han ofrecido asistencia técnica y de formación de capacidad en aquellos países con estructuras institucionales menos desarrolladas.

(33) Con respecto a la labor de la UNCTAD, cabe mencionar el *Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas*, adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980 y cuya revisión ha sido tratada posteriormente en sucesivas Conferencias organizadas al efecto, la última de ellas en el año 2000 (para mayo información al respecto, véase [www.r0.unctad.org/en/subistes/cpolicy/index.htm](http://www.r0.unctad.org/en/subistes/cpolicy/index.htm)). Con relación a la OCDE, deben destacarse las Recomendaciones del Consejo (la última, de 2005, concerniente a la revisión de concentraciones) así como los informes del Comité de Competencia, el último de los cuales se refiere a la implementación de la Recomendación de 1998 relativa a acciones contra los *hard-core cartels* (ver [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

(34) Para mayor información véase [www.internationalcompetition-network.org](http://www.internationalcompetition-network.org); la iniciativa provino particularmente de las autoridades norteamericanas de aplicación de las leyes antitrust y responde en gran medida a la visión que aquel país posee en la materia, reacio a participar en cualquier iniciativa que conduzca al establecimiento de obligaciones vinculantes a nivel internacional.

Sin embargo, paradójicamente, en este carácter *not-binding* de su producción jurídica reside, al mismo tiempo, la mayor flaqueza de estas organizaciones. En efecto, aunque muy útiles en esta tarea de laboratorio jurídico, la eficacia de sus propuestas frente a un caso concreto es, en el mejor de los casos, residual, y está limitada a la buena voluntad o a los intereses individuales de cada Estado.

Frente a ello, entre las ventajas que presenta el tratamiento de esta cuestión en el marco de la OMC pueden señalarse el carácter cuasi universal de sus miembros, su dilatada experiencia en la gestión de compromisos vinculantes y en la solución de disputas comerciales así como las numerosas disciplinas de la OMC estrechamente relacionadas con cuestiones de competencia (así, los acuerdos sobre subsidios, antidumping, propiedad intelectual...). Es por ello que a principios de los años noventa la cuestión reapareció nuevamente con fuerza durante las negociaciones que desembocaron en la creación de la OMC. Una vez constituida la nueva organización, la interacción entre competencia y comercio internacional no tardó en ser incluida en su agenda. Todo ello será motivo de tratamiento en el capítulo siguiente.

Un breve comentario merece la repercusión que las cuestiones de competencia han tenido en los acuerdos regionales de integración económica, especialmente debido al enorme desarrollo que el Derecho de la competencia ha tenido en las Comunidades Europeas. El análisis de esta vastísima obra, cuya influencia en el derecho antitrust ha sido masiva, no puede ser ni tan siquiera esbozada en este trabajo. Nos remitimos, pues, a la innumerable bibliografía especializada (35).

Otros procesos de integración económica han incluido acuerdos sobre competencia con resultado diverso. Así, por ejemplo, el capítulo XV del Tratado sobre Libre Comercio de

(35) Además de las obras generales de consulta mencionadas en la nota 5, puede verse también Faull & Nikpay *The EC Law of the Competition*, Oxford University Press, 1999; Richard Whish, *Competition Law*, LexisNexis UK, 5ª edición, 2003; Lennart Ritter-W. David Braun, *European Competition Law: A practitioner's guide*, Kluwer Law International, 3ª edición, 2004; con respecto al procedimiento: C.S. Kerse - N. Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2005; Wouter P.J. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon, 2005; en relación al control de concentraciones puede verse entre muchísimos otros, la reciente versión inglesa de Navarro-Font-Folguera-Briones, *Merger Control in the EU*, 2ª edición, Oxford University Press, 2005.

América del Norte (NAFTA, según sus siglas en inglés) (36), se refiere a la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado, y aunque excluye la aplicación del procedimiento de solución de diferencias con respecto a la legislación nacional en materia de competencia, establece la obligación para cada uno de los Estados parte de adoptar medidas que prohíban las prácticas de negocios contrarios a la competencia y prevé asimismo la cooperación mutua mediante el establecimiento de consultas, asistencia legal e intercambio de información sobre la aplicación de leyes y políticas en materia de competencia (37). Igualmente, como se señalara, este capítulo establece compromisos específicos en lo referido a monopolios y empresas del Estado, con respecto a los cuales cada Estado debe garantizar que no actúan de forma incompatible con las obligaciones adquiridas en el Tratado (38). Por último, el Tratado prevé el establecimiento de un Grupo de Trabajo en esta materia (39), integrado por representantes de los tres Estados miembros, con el objeto de evaluar y hacer recomendaciones a la Comisión con respecto a la relación entre leyes y política de competencia y el comercio en la zona de libre comercio (40).

Otras iniciativas regionales han alcanzado resultados más discretos en la materia, normalmente unidos a problemas de carácter más general a los que ha debido hacer frente el proceso de integración (41).

(36) El NAFTA es un acuerdo regional entre Canadá, Estados Unidos y México para la creación de una Zona de Libre Comercio. Su entrada en vigor data del 1 de enero de 1994.

(37) Cfr. artículo 1501 del NAFTA.

(38) Cfr. artículo 1502 y 1503 del NAFTA.

(39) Cfr. artículo 1504.

(40) Por su parte, el capítulo XVIII establece la obligación de publicar y notificar a las restantes partes las medidas que puedan afectar el funcionamiento del Tratado así como prever a nivel interno un procedimiento administrativo para prever cualquier medida en alguna de las áreas afectadas por el Acuerdo con posibilidad de acceso a una revisión judicial posterior (cfr. arts. 1802 a 1805).

(41) Así, puede verse las dificultades en la incorporación del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, aprobado por el Consejo del Mercado Común en diciembre de 1996, ante la falta de efecto directo de las normas dictadas por las instituciones de la organización ([www.mercosur.int/msweb/](http://www.mercosur.int/msweb/)).

## IV. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA OMC

### 4.1. Reintroducción de la cuestión en la OMC: Motivos

Como anticipara anteriormente, con la finalización de la Ronda Uruguay del GATT y la creación de la Organización Mundial del Comercio, la cuestión de la competencia en el comercio internacional y la eventual necesidad de lograr un acuerdo preceptivo en la materia volvió a plantearse con fuerza entre los Estados. En síntesis, la preocupación consistía en impedir que las ventajas ofrecidas por los Estados en los Acuerdos que conforman la OMC y la consecuente liberalización del comercio internacional, no se vieran reducidas o impedidas por la acción de las empresas privadas que operan en los mercados liberalizados. En otras palabras, que las concesiones dificultosamente pactadas por el sector público en materia comercial no fueran invalidadas por el sector privado.

Por otra parte, se tomó conciencia de que la globalización y el fuerte incremento de los flujos comerciales experimentado en los últimos años, volvían insuficiente el tratamiento de la cuestión desde una óptica exclusivamente nacional y que cada vez resultaba más necesario desarrollar mecanismos internacionales para combatir las prácticas contrarias a la competencia que trascendían las fronteras nacionales.

Por último, cabe destacar como otro detonante, el notable auge alcanzado por el Derecho de la competencia en los últimos años y la convicción cada vez más extendida de que se trata de una herramienta de gran utilidad para promover la eficiencia económica y aumentar la satisfacción de los consumidores y el bienestar general (42).

En este sentido, se ha señalado la complementariedad entre la política comercial, la desregulación y la política de la competencia ya que, mientras la política comercial elimina las barreras estatales al comercio internacional, la desregulación busca suprimir aquella normativa que excluye a determinados sectores del libre juego de la competencia y limitan de esta forma el acceso al mercado para las empresas extranjeras, y la política de la competencia trata de que el comportamiento de los

(42) Un reciente informe del Banco Mundial puso de manifiesto que el nivel y el índice de crecimiento del PIB per cápita de los países guardaba una relación positiva con el grado de competencia de sus respectivas economías: cuanto mayor era la competencia en la economía nacional, mayores eran los niveles de crecimiento de la renta per cápita (Banco Mundial, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington D.C., 2003).

agentes privados no frustre los esfuerzos de liberalización comercial y desregulación puestos en práctica por el sector público (43).

Existe, de esta forma, una identidad entre los objetivos en sentido amplio de la política comercial y de competencia, de suerte que las medidas pactadas en la OMC y destinadas a aumentar la liberalización comercial, contribuyen a aumentar la competencia en los mercados afectados. Por su parte, el principio de las ventajas comparativas en el que reside el fundamento de la política comercial presupone la existencia de mercados competitivos. Sin esta condición previa, cualquier concesión comercial no generará los desplazamientos hacia sectores más eficientes de producción que propugna dicha teoría, ya que el ingreso al mercado liberalizado será obstruido por el comportamiento de los operadores internos (44).

El anverso de esta complementariedad está dado por la insuficiencia de la política comercial y de la política de la competencia para dar respuesta por sí solas a los desafíos planteados por una economía cada vez más global. En efecto, la política comercial en sí misma no puede garantizar el acceso a los mercados ya que este último depende también, en gran medida, del entramado normativo interno y de los comportamientos estratégicos adoptados por las empresas domésticas frente a la competencia exterior. Igualmente, la política comercial en muchos casos no busca la liberalización de los mercados sino más bien lo contrario, la protección de las empresas locales. Las medidas comerciales nacionales pueden aplicarse de una manera tal que protejan los intereses de los productores locales en los mercados internos o que los vuelvan más competitivos en los mercados externos. Un ejemplo de lo primero serían las medidas adoptadas bajo la normativa antidumping. Un ejemplo del segundo tipo estaría dado por los subsidios a las exportaciones (45).

Otro tanto cabe decir del derecho de la competencia, el cual, en muchos ocasiones, no resulta suficiente para asegurar la

efectiva competencia en un determinado territorio ya que aquélla puede verse afectada por las estrategias comerciales de empresas situadas más allá de sus fronteras y sobre las cuales las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de la normativa de competencia no tienen jurisdicción. De igual forma, las leyes nacionales sobre competencia suelen excluir sectores de la aplicación de dicha normativa. En este sentido, se ha señalado no sin razón que “*a medida que disminuyen las barreras arancelarias tradicionales, aumentan los incentivos para el diseño de nuevos instrumentos y mecanismos que nos permitan protegernos de la competencia exterior*” (46).

#### 4.2. La finalidad de una normativa de competencia en el marco OMC

Cabe detenerse someramente a identificar cuál es el objetivo perseguido por un marco multilateral de competencia en el seno de la OMC.

Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que la internacionalización de los mercados plantea dos tipos de problemas desde el punto de vista de la competencia. Por un lado, los problemas que podríamos denominar como puramente de observancia: la aplicación de la normativa nacional de competencia por las autoridades nacionales a casos de prácticas transnacionales. En este tipo de situaciones, como fue puesto de manifiesto anteriormente, la autoridad de competencia del país afectado por una práctica restrictiva de la competencia originada en un tercer Estado ve limitados sus poderes de investigación para recabar la evidencia contra las empresas involucradas. Igualmente, la autoridad de competencia del país donde la práctica se origina, en muchos supuestos, no posee jurisdicción para ocuparse de una práctica que no afecta a su mercado doméstico. Esta es, por tanto, una de las áreas de conflicto.

Pero, por otro lado, estas prácticas transnacionales pueden generar también un problema de índole comercial, al invalidar los compromisos de liberalización comercial adquiridos por los Estados. A través de la negociación, se acuerda la reducción de las barreras estatales (generalmente, bajo la forma de aranceles o medidas de efecto equivalente) para el ingreso de productos desde el exterior; sin embargo, las empresas domésticas, mediante la implementación de determinadas

(43) Cfr. Frédéric Jenny, “*Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*” en *Towards WTO...*, p. 14.

(44) Sobre el concepto de ventajas comparativas y su evolución en la doctrina económica, véase John H. Jackson - William D. Darvey - Alan O. Sykes, Jr. “*Legal Problems of Economic International Relations*”, Ed. West Group (American Casebook Series), 4ª edición, 2002, Section 1.3, p. 7 y ss.

(45) *Vid.* Josef Drexler *Trade-related restraints of Competition: The Competition Policy approach* en *Towards WTO...*, p. 237.

(46) María Peña Mateos “*Normas de competencia en el marco OMC. Necesidad y límites*” publicado en “*El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*” Dir. J.M. Beneyto Pérez, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 413.

políticas comerciales, levantan nuevas barreras artificiales que frenan el ingreso de esos productos.

Ambos conjuntos de problemas, aunque se superponen parcialmente, pueden ser claramente distinguidos. De esta manera, algunas prácticas transnacionales (como, por ejemplo, los cárteles internacionales) resultan claramente restrictivas del comercio y de la competencia y al mismo tiempo, pueden no ser sancionadas debido a las limitaciones antes mencionadas de las autoridades nacionales de observancia. Pero algunas prácticas domésticas, como los cárteles a la importación o los abusos de posición dominante, sobre las cuales las autoridades nacionales sí poseen competencia, pueden al mismo tiempo resultar restrictivas del comercio internacional e invalidar los compromisos comerciales asumidos por ese país.

De esta manera, visto desde el plano de la observancia, el mayor reto planteado por la globalización es el de desarrollar la cooperación entre las autoridades nacionales de competencia para poder perseguir aquellas prácticas que, por alguna característica de extraterritorialidad, escapan parcial o totalmente a su jurisdicción.

Sin embargo, desde el punto de vista de la interacción entre el comercio y la competencia, estas medidas pueden resultar insuficientes. En efecto, desde esta perspectiva se exige además que el derecho de la competencia nacional sea consistente con los principios del comercio internacional y que las autoridades de competencia nacionales actúen de conformidad con los compromisos comerciales asumidos por su gobierno y ayuden a que esos compromisos sean cumplidos.

Por lo tanto, la perspectiva comercial sobre la competencia en los mercados es más limitada que la perspectiva puramente de competencia, ya que se interesa solamente en aquellas prácticas que afectan al comercio internacional, pero al mismo tiempo es más amplia, ya que se ocupa igualmente del diseño de las leyes de competencia nacionales y de su aplicación por parte de las agencias antitrust a fin de que permitan o, al menos, no se opongan, al cumplimiento de los compromisos sobre comercio internacional adquiridos por sus gobiernos.

Como fuera señalado al tratar la cooperación, algunas prácticas anti-competitivas internacionales que no suponen un problema comercial en sí mismas, pero que desvían en su provecho una parte del beneficio de las medidas de liberalización, pueden ser eficazmente inoculadas mediante acuerdos de cooperación voluntaria, más allá de lo que se tiene señalado con respecto a la naturaleza selectiva y, en consecuencia, potencialmente discriminatoria de este tipo de medidas. Sin

embargo, estos acuerdos no parecen dar una respuesta adecuada a otras conductas restrictivas de la competencia como sería el caso de los cárteles internacionales o las restricciones a la importación.

Dicho esto, cabe señalar que dentro del GT se ha trabajado sobre ambos aspectos del derecho de la competencia (el referido a los problemas de observancia y el de la interfaz con el comercio internacional), con la intención de lograr un instrumento global que abarcara todas las cuestiones que afectan a la competencia en los mercados internacionales. Sin embargo, esta distinción muestra cuál es la problemática específica sobre la que pretende actuar un marco multilateral sobre competencia en la OMC y las limitaciones que al respecto presenta la cooperación bilateral.

#### 4.3. La competencia en los Acuerdos OMC

Antes de entrar a examinar los trabajos realizados por el GT, cabe señalar que el derecho de la competencia no está totalmente excluido del actual sistema OMC, que, por otra parte, es esencialmente el mismo que se encontraba vigente en el momento en que se creó el GT. De esta forma, algunos de los Acuerdos administrados por esta organización prevén ya disposiciones sobre competencia (47). Tal es el caso del Acuerdo sobre Servicios (GATS, según sus siglas en inglés), donde especialmente se prevé que un monopolista en la prestación de un determinado servicio no puede abusar de esta situación al proveer servicios fuera del área de su monopolio. Igualmente, se establece la consultación entre los Estados miembros sobre los problemas de competencia que puedan aparecer en sectores no monopolísticos (48).

Otro tanto ocurre con el anexo sobre Telecomunicaciones de dicho Acuerdo, que constituye lo que en la jerga de la OMC se denominan acuerdos plurilaterales (49). El artículo 5 de este protocolo señala la obligación para el Estado signatario de garantizar un acceso suficiente a la red telefónica a los

(47) Al respecto, puede verse también Carlos María Correa, op. cit. p. 373.

(48) Artículos VIII y XIX del GATS.

(49) Los acuerdos plurilaterales es una clasificación *sui generis* típica del derecho de la OMC, nacida para responder a necesidades propias de dicha organización. Así, frente a los acuerdos multilaterales, de los cuales todos los Estados miembros forman parte automáticamente desde su ingreso en la organización, los acuerdos plurilaterales son aquellos que, para que les sean aplicables, los Estados miembros deben declarar expresamente su voluntad en este sentido.

competidores de otros Estados. Este anexo ya ha dado lugar al establecimiento de un Grupo Especial en la OMC a pedido de los Estados Unidos en una disputa comercial que lo enfrentaba a México, relativa a las condiciones de acceso discriminatorias impuestas por el operador telefónico dominante en el mercado mexicano, la empresa Telmex (50).

Por último, como se señalara anteriormente, el Acuerdo sobre aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS, según sus siglas en inglés), contiene una norma que reconoce el derecho de los Estados de usar sus normas de competencia para controlar las prácticas abusivas en la concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual (51).

Algunos autores han sostenido que ciertas normas del GATT, en particular sus artículos 3 y 10, abarcan aquellos aspectos del Derecho de la competencia que afectan al comercio internacional. Incluso se ha afirmado que la cobertura que el artículo 3 del GATT ofrece a los problemas de competencia en el comercio internacional es mayor que la propuesta por los defensores de un acuerdo multilateral sobre competencia en el marco de la OMC, ya que esta norma permite cuestionar no sólo las discriminaciones denominadas *de jure* (leyes y regulaciones de competencia), sino también las *de facto*, esto es, la

(50) WT/DS204/3. En el informe distribuido por el Grupo Especial con fecha 2 de abril de 2004 se llegaba a la conclusión de que México había incumplido los compromisos adquiridos en el marco del GATS ya que no había mantenido medidas apropiadas para prevenir las prácticas anticompetitivas de los proveedores principales de telecomunicaciones y que no había garantizado el acceso razonable y no discriminatorio a las redes de telecomunicaciones. La disputa finalmente se saldó con un acuerdo entre las partes para el cumplimiento por parte de México de las recomendaciones del Grupo Especial.

(51) Artículo 40, Sección 8 del acuerdo TRIPS. En este sentido, se ha señalado a este Acuerdo como un posible modelo para un marco multilateral sobre competencia en la OMC. En efecto, tanto la normativa sobre propiedad intelectual como sobre competencia se refiere a prácticas privadas en el mercado y en ambas áreas existen países carentes de legislación y otros con regímenes e instituciones disímiles. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que en dicho Acuerdo los principios de la OMC han sido adaptados de conformidad con las necesidades de la materia, tal y como se propugna para un acuerdo sobre competencia, y que la protección prevista en el TRIPS excede los aspectos meramente relacionados con el comercio e introduce unos estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual. Igualmente, el Acuerdo del GATS también contiene disposiciones que pueden tomarse como referencia al elaborar un marco multilateral de competencia, en particular en lo que respecta a las medidas de flexibilidad y progresividad. Al respecto, ver Jenny *Globalization, Competition and Trade Policy...*, p. 29 y ss.

implementación y aplicación en la práctica de dicha normativa, las cuales no estarían alcanzadas por un eventual acuerdo multilateral (52). Esta visión, sin embargo, permanece ampliamente minoritaria.

En efecto, las limitaciones que presenta el actual sistema OMC para dar respuesta a los problemas que generan las prácticas anticompetitivas en el comercio internacional son evidentes.

Por un lado, las prácticas estrictamente privadas, sin ninguna conexión con el Estado, no pueden ser atacadas a través del GATT o del GATS. Igualmente, el alcance de las previsiones sobre competencia incluidas en los acuerdos OMC está limitado a las medidas estatales que afecten a las condiciones de competencia en el mercado doméstico y no a las prácticas de empresas que afecten a mercados de exportación. En este sentido, cabe destacar nuevamente que la normativa de la OMC regula las políticas comerciales nacionales; sin embargo, algunas empresas ejercen un poder de mercado mundial para el cual las respuestas deben, en principio, tener la misma dimensión.

Por otro lado, actualmente no existe la obligación para los Estados miembros de tener una normativa de competencia, lo cual provoca que numerosos países -en general, países en vía de desarrollo o menos adelantados- no posean los instrumentos necesarios para defenderse de prácticas colusorias o abusivas provenientes del exterior.

Igualmente, la aplicación de algunos principios del GATT no puede trasladarse a las cuestiones de competencia sin las adaptaciones necesarias, tal y como se hizo al negociarse otros acuerdos (los acuerdos TRIPS y GATS particularmente). Así, por ejemplo, la cláusula de la nación más favorecida debe ser atemperada para no obstaculizar la celebración de nuevos acuerdos de cooperación bilateral. Igualmente, el trato nacional debe definirse de tal manera que permita a los gobiernos seguir aplicando sus políticas industriales. Finalmente, debe determinarse la aplicación y el alcance del Entendimiento sobre Solución de Diferencias para resolver las disputas comerciales relacionadas con problemas de competencia (53).

(52) Ver por ejemplo la postura sostenida por Stefan D. Amarashinha en la mesa redonda sobre *WTO Core principles and Trade/Competition policies*, Fordham Corporate Law Institute, 2003, capítulo 30, p. 711.

(53) En los primeros años del GT, algunos países (en particular, Hong Kong, China; ver documentos WT/WGTCP/W/64 de 6 de marzo de 1998 y WT/WGTCP/W/85 de 27 de agosto de 1998) defendieron lo que se denominaría el "enfoque de la OMC" (ver Informe del GT de 1998, ap. 75, WT/WGTCP/2). Según esta postura, las barreras estatales continúan planteando los principales pro-

## V. EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE COMERCIO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

### 5.1. Breve apunte cronológico

Como ya fuera puesto de manifiesto en el título introductorio, el GT fue creado por la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996, a instancias de la representación de la Unión Europea (54). El mandato inicial del Grupo se limita a “*estudiar las cuestiones propuestas por los Miembros en relación a la interacción entre comercio y política de la competencia, incluyendo prácticas anti-competitivas, al objeto de identificar posibles áreas que puedan merecer consideración adicional en el marco de la OMC*” (55). En este sentido, teniendo en cuenta el carácter exploratorio de este primer acercamiento a la cuestión dentro del marco de la OMC, la Conferencia Ministerial dejó bien claro que “*cualquier negociación futura, en su caso, relativa a disciplinas multilaterales en estas áreas, tendrá lugar solamente después de que los Miembros de la OMC adopten una decisión explícita por consenso en relación a dichas negociaciones*” (56).

Desde el comienzo, los trabajos en el seno del GT fueron intensos. No sólo participaron activamente los Estados miembros, mediante la aportación de contribuciones escritas y su intervención en los debates, sino que también colaboraron otras organizaciones internacionales con estatus de observadores, como la UNCTAD, la OCDE, el Banco

blemas al comercio. Por lo tanto, en vez de introducir en la OMC nuevas normas referidas a la competencia, se proponía una reforma de los Acuerdos ya existentes para orientarlos hacia la competencia. Frente a esta postura, otros países sostuvieron el denominado “anti-trust approach”, que identificaba directamente a las empresas privadas como destinatario de las futuras normas sobre competencia en la OMC (ver Informe de 1998, ap. 76).

(54) En junio de 1996, los Comisarios europeos Sir Leon Brittan y Karel Van Miert presentaron al Consejo Europeo una Comunicación conjunta, basada en las conclusiones del informe presentado por el Grupo de Expertos en 1995 al que antes se hiciera alusión, que proponía una iniciativa de la Unión Europea en la Conferencia de Singapur destinada a crear un grupo de trabajo para explorar el desarrollo de una normativa internacional sobre competencia. La propuesta recibió el respaldo del Consejo y fue presentada a los Estados miembros de la OMC.

(55) Párrafo 20 de la Declaración Ministerial de Singapur de 1996.

(56) *Ibid.*

Mundial y el FMI (57). El primer informe fue presentado al Consejo General en diciembre de 1998 y se continuaron presentando informes anuales al Consejo hasta 2003 (58).

Tras el fracaso que supuso para ésta y otras cuestiones la Conferencia Ministerial de Seattle de 1999 (59), la Conferencia Ministerial de Doha de 2001 fijó los puntos a tratar en lo sucesivo por el GT y sobre los que versaría un eventual acuerdo multilateral sobre competencia, para el cual se preveía el inicio de las negociaciones en la siguiente Conferencia Ministerial a celebrarse en Cancún en 2003. Así, el párrafo 25 de la Declaración de Doha establecía que: “*(...) la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de los siguientes principios fundamentales, incluida la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre cárteles intrínsecamente nocivos; 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. Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarla*”.

(57) En un primer momento, la labor del GT se organizó en torno a una lista de cuestiones elaboradas en su primera reunión y que incluía, entre otros temas, el estudio de la relación entre los objetivos, principios, conceptos, alcance e instrumentos de la política comercial y la política de competencia así como su relación con el desarrollo y el crecimiento económico; un inventario y análisis de los instrumentos, normas y actividades existentes relacionados con el comercio y la política de competencia, así como las experiencias adquiridas en su aplicación; y la interacción entre comercio y política de competencia, incluyéndose el examen de los siguientes sub-elementos: a) la repercusión de las prácticas anticompetitivas de empresas y asociaciones en el comercio internacional, b) la repercusión de los monopolios estatales, los derechos exclusivos y las políticas reglamentarias en la competencia y el comercio internacional, c) la relación entre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual y la política de competencia, d) la relación entre inversiones y política de competencia, y e) la repercusión de la política comercial en la competencia. Posteriormente, en cumplimiento de una decisión del Consejo General de la OMC, el GT examinó en 1999 otros tres temas: a) la importancia de los principios fundamentales de la OMC, relativos al trato nacional, la transparencia y el trato de la nación más favorecida, para la política de la competencia y viceversa; b) criterios para promover la cooperación y la comunicación entre los Miembros, incluso en la esfera de la cooperación técnica; y c) la contribución de la política de competencia al logro de los objetivos de la OMC, incluida la promoción del comercio internacional.

(58) Para un mayor detalle de la labor y la trayectoria del GT, véase Antonio María Avila Alvarez y O., op. cit.

(59) Sobre los motivos del fracaso, ver *ibid.* p. 97 y ss.

Sin embargo, en la quinta Conferencia Ministerial celebrada en Cancún en 2003, la discusión se estancó en lo referente a los denominados “temas de Singapur” (60) y en la decisión del Consejo General del 1° de agosto de 2004 (el denominado “paquete de julio”) se excluye la interacción entre comercio y política de la competencia del Programa de Trabajo de la Ronda de Doha. De esta forma, por tanto, el tratamiento de esta cuestión ha quedado por el momento postergado *sine die* en las negociaciones de la OMC.

## 5.2. La labor del GT (61)

Conforme lo señalado, con posterioridad a Doha, la agenda del GT quedó fijada por los temas previstos en el párrafo 25 de la Declaración formulada en esa Conferencia Ministerial. Estas cuestiones, por tanto, concentraron los esfuerzos del GT en lo sucesivo, con miras a servir de base para un futuro acuerdo multilateral, propósito que se frustraría, al menos por el momento, posteriormente en Cancún.

De esta forma, a partir de Doha, los debates del GT se centraron en los elementos contenidos en el párrafo 25 así como los relativos a la asistencia técnica y la creación de capacidad, de conformidad a lo establecido en el párrafo 24 de dicha Declaración (62).

Una última cuestión de singular importancia debe ser añadida a las anteriormente propuestas, y es la referida a la naturaleza

y el alcance de los mecanismos de observancia que podrían aplicarse en virtud de un marco multilateral sobre política de competencia (63).

En forma preliminar, en el seno del GT también se debatieron las ventajas (o eventuales desventajas) de elaborar un marco multilateral sobre política de la competencia que incorpore los elementos identificados en el párrafo 25 de Doha. Al respecto, se recogió la opinión de que el marco multilateral ofrecería importantes beneficios a todos los Estados miembros y garantizaría que los beneficios de la liberalización no se vieran mermados por el comportamiento anticompetitivo de agentes privados. Según el informe elevado al Consejo en 2003 (64), este marco multilateral “*establecería para todos los Miembros un conjunto coherente de principios para una política de la competencia sólida, y favorecería un entorno más transparente y previsible para el fomento del comercio exterior y las inversiones extranjeras*” (65). Igualmente se señalaba que la liberalización del comercio y la promoción de la inversión extranjera directa aumentaba los peligros planteados por las prácticas anticompetitivas, como los cárteles, y se expresaba la opinión de que un marco multilateral facilitaría el combate para erradicar estas prácticas, potenciando los instrumentos disuasorios a disposición de los Estados (66).

En este sentido, los trabajos del GT han destacado especialmente los beneficios que un acuerdo multilateral aportaría a los países en desarrollo que carecían de legislación en la materia y/o de los recursos para aplicarla y a los cuales identificaba como los más vulnerables a los efectos de las actividades anticompetitivas, en especial de los cárteles interna-

(60) Para un análisis de las razones que llevaron al estancamiento de las negociaciones en torno a estas cuestiones en Cancún, *vid.* Frédéric Jenny, *Competition, Trade and Development...* op. cit., p. 649 y ss. Para una explicación en tono humorístico, véase la introducción del mismo Jenny a la mesa redonda sobre WTO Core Principles and Trade/ Competition Policies, antes citada.

(61) La labor del GT durante sus siete años de vida ha sido enorme. Un estudio de todas las cuestiones que fueron tratadas excedería el marco de este artículo. Centraremos nuestro comentario, por tanto, en el tratamiento de los temas recogidos en la Declaración de Doha, que constituyen de alguna forma, el destilado de los trabajos del GT en los años anteriores.

(62) El párrafo 24 de la Declaración de Doha rezaba: “*Reconocemos las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados de potenciar el apoyo a la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera, 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. A tal fin, trabajaremos en cooperación con otras organizaciones intergubernamentales pertinentes, incluida la UNCTAD, y por conducto de los canales regionales y bilaterales apropiados, para facilitar una asistencia reforzada y dotada de recursos suficientes en respuesta a dichas necesidades*”.

(63) De esta forma, la propuesta de la UE para un marco multilateral ha sido resumida como “*an agreement which would be binding, which would be subject to dispute settlement (...) and which would contain an obligation for WTO members - developing, least-developed, and developed alike - to adopt a competition law at some point in time; that the competition law at a minimum should contain a ban on hard-core cartels; that the competition law should be non-discriminatory; that it should provide for certain basic notions of procedural fairness; and that it should be administered and applied in an open and transparent way*” ver intervención de Mr. Amarasingha en la mesa redonda sobre WTO Core Principles and Trade/Competition Policies, antes citada, Fordham, 2003, p. 715.

(64) Informe (2003) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General, de 17 de julio de 2003, WT/WGTCP/7 (en adelante, Informe 2003).

(65) Cfr. párrafo 13 del Informe 2003.

(66) Cfr. párrafo 14 del Informe 2003.

cionales (67) (68). Se expuso, de este modo, que un acuerdo multilateral ayudaría a la creación de capacidad institucional en esos países y ayudaría a que los Miembros que carecen de legislación antitrust, pudieran dotarse de una en un plazo razonable y establecer una autoridad encargada de velar por su cumplimiento, todo lo cual favorecería de manera importante a sus objetivos de desarrollo (69).

### 2.1. Los elementos contenidos en el Párrafo 25 de Doha

La pertinencia general de los principios fundamentales de la OMC mencionados en el citado párrafo 25, concretamente la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, fue examinada en varias oportunidades por el GT (70). Al respecto, se expuso la opinión de que estos principios eran esenciales para la credibilidad y eficacia de la política de competencia y tenían un valor universal. Igualmente, se señaló la importancia de estos principios para el establecimiento de una “cultura de la competencia” y que su inclusión en un acuerdo de la OMC sobre política de competencia respaldaría los esfuerzos de las autoridades nacionales de competencia para aplicar dichos principios y resistirse a las presiones procedentes de fuentes internas, en particular de las empresas y otras partes del Gobierno, que representaban un problema tanto en los países desarrollados como en desarrollo (71).

(67) Cfr. párrafo 13 del Informe 2003.

(68) Esta vulnerabilidad de los países en desarrollo y menos adelantados ya había sido puesta de manifiesto en el informe del GT del año anterior (Informe 2002 ya citado), en el cual se recogió la opinión de que: “*los cárteles internacionales constituían en gran medida un fenómeno propio de los países desarrollados, ya que ninguno de los cárteles internacionales conocidos que había examinado el Grupo de Trabajo tenían su sede en un país de bajos ingresos o un país menos adelantado*” (cfr. apartado 50 del informe). Sin embargo, se pone igualmente de manifiesto los efectos especialmente negativos que dichos cárteles tienen en los países en desarrollo ya que, como también se señaló, “*los cárteles tendían a funcionar en los países donde las medidas de observancia de la legislación sobre competencia eran insuficientes o inexistentes*” (idem).

(69) La necesidad de que los Estados miembros cuenten con una legislación de competencia fue discutida desde el primer momento en el GT (v. Informe 1998 ap. 91). La necesidad de una actividad legislativa de este tipo fue reiteradamente puesta de manifiesto, sobre todo para combatir a los cárteles intrínsecamente nocivos (ver Informe 2002 ap. 51, e Informe 2003, ap. 43).

(70) Ver por ejemplo Informe 2001, WT/WGTCP/5, ap. 11 y siguientes.

(71) Cfr. Informe 2002 ap. 13.

Con respecto a la aplicación y la exigibilidad de estos principios en el marco de la OMC, un aspecto fundamental ampliamente sostenido dentro del GT es el de su limitación a las infracciones *de jure* y no aplicación a las denominadas *de facto*; esto es, se ocuparía únicamente de las obligaciones previstas en leyes y reglamentos, estando vedada la revisión de su aplicación en un caso particular.

En lo que se refiere a la transparencia, se sostuvo la necesidad de la publicación en forma completa y oportuna de las leyes, los reglamentos y las directrices de aplicación general (72). Otro aspecto de este principio sería la obligación por parte de los Estados miembros de notificar a la OMC sus leyes, reglamentos y directrices y sus exclusiones y exenciones sectoriales.

El principio de no discriminación, por su parte, dentro del derecho de la OMC posee dos componentes: el trato de la nación más favorecida (la cláusula NMF) y el trato nacional (TN). En lo referente a la aplicación de las leyes nacionales de competencia, el principio NMF no presenta mayores problemas ya que resulta difícilmente concebible que una autoridad aceptara determinadas prácticas anticompetitivas de las empresas originarias de un país y las prohibiera respecto de las empresas procedentes de otro. El mayor problema se presenta con respecto a los acuerdos bilaterales (73) de cooperación ya que una aplicación estricta de este principio desincentivaría fuertemente este tipo de acuerdos cuya importancia, sin embargo, fue destacada en numerosas oportunidades por el GT. De esta forma, se señaló la importancia de preservar el espacio necesario para estos arreglos en un eventual marco multilateral.

Con respecto al principio TN, se plantea nuevamente la necesidad de limitar su aplicación a las discriminaciones legales

(72) Un problema que fue puesto de manifiesto con respecto a esta obligación de publicación es el de aquellos países que se rigen por el derecho consuetudinario. En particular, se trataba de definir qué se entendía por “directrices de aplicación general”, ya que en estos sistemas las decisiones en casos individuales suponen precedentes vinculantes. De esta forma, la obligación de publicar decisiones no adoptadas como “legislación sobre competencia” pero que, de hecho, influía sobre aquélla, podía resultar especialmente gravosa. Más absurdo aún sería la obligación de notificar a la OMC todas las decisiones emanadas de todos los órganos administrativos y tribunales encargados de la aplicación del derecho de la competencia en los países del Common Law.

(73) Con respecto a los acuerdos regionales, el problema sería menor ya que normalmente se encontrarían cubiertos por el paraguas del artículo XXIV del GATT.

(discriminaciones *de jure*), y de evitar rotundamente la posibilidad de revisión a través de un Grupo Especial de la aplicación que las autoridades nacionales realizan de la normativa de competencia (discriminaciones *de facto*).

Igualmente, algunos Estados miembros manifestaron la posibilidad de conflicto entre los objetivos en materia de política de competencia y los de política industrial y desarrollo. En particular, se expresó el temor de que, en caso de aplicar el TN a las normas de competencia, se daría a las grandes empresas multinacionales un acceso ilimitado a los mercados internos de los países en desarrollo, lo que iría en detrimento de las empresas nacionales, en muchos casos incipientes, de estos países, que se verían expulsadas del mercado en estas circunstancias. Por lo tanto, se señaló la necesidad de una flexibilidad apropiada para la aplicación de este principio y la posibilidad de introducir excepciones o exenciones en la legislación de competencia.

Por último, con relación al principio de la equidad procesal, se puso de manifiesto que en los Acuerdos vigentes de la OMC ya se preveían garantías de este tipo, que podían servir de modelo para delinear las correspondientes a un acuerdo multilateral sobre competencia. Así, se señaló que el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Salvaguardias, el ya mencionado Acuerdo TRIPS y el Acuerdo sobre Contratación Pública incluían disposiciones muy detalladas en este sentido (74).

Al respecto, se identificaron cuatro categorías generales de garantías (75). En primer lugar, las garantías de acceso al sistema, que, entre otros, entrañaría por ejemplo el derecho de las empresas a tomar conocimiento de que la autoridad de defensa de la competencia ha iniciado una investigación contra ellas y en qué consisten las objeciones a su conducta. Una segunda garantía estaba relacionada con el derecho de defensa de las empresas. Estas deben tener oportunidad y tiempo suficientes para realizar los actos que entiendan necesarios para su defensa (presentación de opiniones, pruebas y documentos, participación en audiencias, etc.). En tercer lugar estaría el derecho de las empresas a la revisión en vía judicial de las decisiones de las agencias de competencia que las afectan. Por último, debe garantizarse también la protección de la información confidencial, incluidos los secretos comerciales.

(74) Ver Informe 2003 ap. 36 y la Nota de antecedentes elaborada por la Secretaría relativa a las disposiciones sobre la equidad procesal en los Acuerdos de la OMC en vigor (WT/WGTCP/W/231).

(75) *Vid.* Informe 2002 ap. 30.

Se discutió también la posibilidad de incluir principios adicionales a los anteriormente expuestos. En este sentido, hubo consenso con respecto a que el trato especial y diferenciado debía ser un principio fundamental en cualquier marco multilateral (76). Este principio debía incluir el principio de no reciprocidad por parte de los países desarrollados, así como la flexibilidad para cualquier compromiso que asumieran los países en desarrollo y los menos adelantados y la previsión de períodos de transición.

En lo que se refiere a los cárteles intrínsecamente nocivos, se puso de manifiesto en el seno del GT el costo que estos acuerdos infligían a la economía de los países miembros, en especial de los países en desarrollo, que carecían de instrumentos para hacerles frente (77). Entre las medidas para combatirlos, se señaló la necesidad de la adopción y aplicación de una legislación nacional bien elaborada, con disposiciones claras contra este tipo de acuerdos y una actuación enérgica de las autoridades de competencia encargadas de su observancia. Igualmente, se destacó la importancia de los acuerdos de cooperación entre los Miembros para llevar a cabo las investigaciones pertinentes y medidas destinadas a promover el intercambio de información sobre los mismos entre los miembros de la OMC (78).

Un problema particular se planteaba con respecto a la definición de este tipo de cárteles ya que no existía un criterio unívoco entre los Estados miembros. Se discutía, por ejemplo, si la definición debía incluir un criterio de prohibición per se o de razonabilidad (la denominada "*rule of reason*"). En este sentido, se planteó el ejemplo de algunos cárteles de exportación que presentaban importantes eficiencias que podrían justificar su exención (79). En este aspecto, se alentó el recurso a la experiencia y a los instrumentos elaborados en otros foros (como la Recomendación de la OCDE sobre cárteles intrínsecamente nocivos y el Conjunto de principios y normas de Naciones Unidas) como orientación para definir las prácticas que deberían prohibirse.

(76) Cfr. Informe 2002 ap. 35, Informe 2003 ap. 39.

(77) Cfr. Informe 2003 ap. 41.

(78) *Ibid.* ap. 43.

(79) Así, se señaló que en algunos casos, estos cárteles creaban las condiciones para que determinadas empresas se dedicaran a la exportación, posibilidad que les hubiera estado vedada de otro modo. En estos supuestos, es claro que estos cárteles poseen un efecto favorable a la competencia. Ver Informe 2002 ap. 57.

En lo relativo a la cooperación voluntaria, se manifestó la necesidad de fomentar este tipo de prácticas ya que frente a la mundialización de las actividades económicas, era cada vez más infrecuente que un solo gobierno pudiera evaluar correctamente los efectos de prácticas anticompetitivas transnacionales y ponerles remedio (80).

Entre las modalidades de cooperación, se mencionaron particularmente dos tipos principales en el marco de la OMC: en primer lugar, el intercambio de experiencia con carácter general, y, en segundo lugar, las formas más concretas de cooperación entre las agencias de competencia ante casos particulares (81). En este sentido, se puso de manifiesto, a similitud de lo normalmente previsto en los acuerdos bilaterales, la necesidad de preservar la información confidencial en el ámbito de la OMC (82).

Entre los instrumentos de cooperación que se incorporarían a un marco multilateral, se mencionaron los siguientes: en primer lugar, la notificación, por la cual un país informaría a otro de ciertos casos que afectaban a los intereses importantes de este último. En segundo término, el intercambio de información para facilitar las actividades de control de cada una de las partes. Un tercer instrumento estaría vinculado al suministro recíproco de asistencia en el proceso de control. Finalmente, los criterios ya analizados de cortesía negativa y positiva (83).

Se manifestó, asimismo, que esta cooperación en el marco de la OMC debía ser voluntaria, sin carácter vinculante para los Estados, en sintonía con las disposiciones habituales de los acuerdos de cooperación bilateral (84). En este sentido, se indicó que los acuerdos bilaterales y regionales de cooperación podían servir de punto de partida para un marco multilateral y que la coexistencia de estos diferentes órdenes de cooperación reforzaría mutuamente su eficacia (85).

(80) Cfr. Informe 2002 ap. 67.

(81) *Ibid.* ap. 68.

(82) Cfr. Informe 2003 ap. 56.

(83) Informe 2002 ap. 69.

(84) Informe 2003 ap. 59; para una opinión en contrario, ver Informe 2002 ap. 70; otras opiniones Informe 2001 ap. 65.

(85) Para un mayor desarrollo sobre el valor de la cooperación bilateral y regional, *vid.* Informe 2001 ap. 53 y siguientes. Entre las opiniones allí vertidas, se destaca la que señala la complementariedad entre la cooperación bilateral, regional y multilateral.

De igual manera, se recordó que la cooperación a nivel multilateral beneficiaría especialmente a los países en desarrollo y menos adelantados, los cuales en gran medida, estaban excluidos de los acuerdos de cooperación actualmente existentes, y que, de esta forma, al no tener acceso a los mecanismos de cooperación, no poseían la capacidad de investigar y hacer frente a prácticas originadas en otros países, pero cuyos efectos perjudiciales sufrían especialmente.

## 2.2. Asistencia técnica y creación de capacidad

Estas cuestiones, como vimos, estaban previstas no sólo en el párrafo 25 sino también en el párrafo 24 y responde a la intención declarada de tomar especialmente en cuenta los intereses y las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados (86).

Nuevamente, al tratar este punto, deben mencionarse los beneficios que se derivaban de la implantación de una política de competencia, entre los que se identifican la consecución de mejoras de eficiencia dinámica y otros objetivos de desarrollo, así como la circunstancia asaz comprobada de que la rivalidad entre empresas ofrece un incentivo esencial para que aquéllas bajen sus costos, proporcionen un mejor servicio y una elección amplia a los consumidores, e introduzcan innovaciones y/o adopten las mejores tecnologías disponibles (87).

Asimismo, se hizo alusión al desafío que suponía crear confianza en los mercados y fomentar la comprensión de la contribución de la política de competencia al desarrollo económico sostenible. Por otra parte, se señaló la necesidad de adaptar la formulación de la normativa de competencia a las necesidades económicas de cada país. De esta forma, se identificaron los posibles conflictos históricos entre la política de la competencia y la política industrial nacional y se llegó a la conclusión de que la adopción de un marco multilateral sobre política de competencia según los parámetros propuestos era compatible con la posibilidad de

(86) En este sentido, se estableció una distinción entre el mandato del párrafo 25 y el del 24. La tarea del GT con respecto al párrafo 25 consistiría en aclarar las cuestiones relacionadas con el fortalecimiento del papel de los organismos de competencia y el desarrollo de una cultura de competencia. El párrafo 24, por su parte, se referiría a las actividades concretas que habría que instrumentar a efectos de ayudar a los países en desarrollo y menos adelantados a “*evaluar mejor las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha para sus políticas y objetivos de desarrollo*”, así como para contribuir a su desarrollo humano e institucional (cfr. ap. 87 del informe 2002).

(87) Así lo señala el Informe de 2003 en su apartado 67.

seguir utilizando los instrumentos de fomento de la industria nacional (88).

A la hora de prestar apoyo a las instituciones encargadas de competencia en los países en desarrollo, se señaló la necesidad de respetar en todo momento dos principios (89): el de flexibilidad, entendido como el abandono de la receta única; cada país debe poder elegir la manera de aplicar un régimen de competencia que corresponda a su situación económica y sus objetivos de desarrollo sin que exista un enfoque único válido para todos los casos; y el de progresividad, en el sentido de permitir que los países en desarrollo adopten un enfoque gradual del examen, la promulgación y la aplicación de leyes sobre competencia (90).

En este sentido, se reafirmó la convicción de que cualquier intento de armonizar los distintos regímenes de competencia estaría condenada al fracaso. Igualmente, se expresó la opinión de que la flexibilidad debía ejercerse en forma de trato especial y diferenciado, según la terminología OMC, para las economías que carecieran de leyes de competencia. De la misma forma, la progresividad y flexibilidad también implicaba admitir excepciones y exenciones, períodos de transición y el uso de instrumentos jurídicos regionales por oposición a los instrumentos jurídicos nacionales.

Para el fortalecimiento de las instituciones de competencia de los países en desarrollo se propusieron distintas medidas vinculadas al desarrollo de una cultura de la competencia, la formación del personal y el afianzamiento de las relaciones entre las autoridades de competencia de los distintos países.

Entre los esfuerzos llevados a cabo en este sentido, se destacaron nuevamente los trabajos principalmente de la UNCTAD y la OCDE, entre otras organizaciones internacionales, así como la Secretaría de la OMC en cumplimiento del párrafo 24 de Doha (91).

(88) Ver Informe 2003 ap. 67.

(89) Para un mayor comentario de estos principios, ver Informe de 2001, apartados 32 y 33.

(90) El informe de 2003 prevé todo un capítulo dedicado a las posibles medidas en materia de flexibilidad y progresividad (ver punto C-III, ap. 101 y ss.). A su lectura nos remitimos dado la imposibilidad de un tratamiento más detenido en esta presentación.

(91) Puede verse a modo de ejemplo de estas tareas, el punto D de los Informes del GT de los años 2002 (ap. 103 y ss.) y 2003 (ap. 116 y ss.).

### 5.3. Los mecanismos de observancia

Sólo resta abordar una última y espinosa cuestión, que fuera ampliamente debatida durante toda la vida del GT: la relativa a los mecanismos de observancia de un eventual acuerdo multilateral sobre competencia en la OMC (92). En particular, la cuestión central era la de determinar la posible aplicación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) a un eventual marco multilateral de competencia y, en su caso, el alcance que tendría esta aplicación. Esta ardua cuestión desató múltiples opiniones encontradas y, en definitiva, se reconoció que la medida de la aplicación del ESD dependería en gran parte de las obligaciones que finalmente asumieran los Estados en el marco multilateral sobre competencia.

En líneas generales y sin ahondar en demasía en las distintas posturas que se expresaron con respecto a este tema, hubo un cierto consenso en que la aplicación del ESD se limitaría a determinar si la legislación interna cumplía con los principios y la normativa acordada en el marco multilateral, sin entrar a evaluar si su aplicación en casos concretos se correspondía con dichos compromisos y sin que en ningún momento pudiera dar lugar a la revisión de las decisiones judiciales adoptadas frente a estos casos.

Se reiteró igualmente la necesidad de una progresividad en la aplicación del mecanismo del ESD dado que un número importante de los Estados miembros no contaban todavía con legislación sobre competencia y, al mismo tiempo, se propuso que, en un primer momento, este mecanismo podía limitarse a los casos más flagrantes para, posteriormente, a medida que se iba adquiriendo experiencia en su aplicación en este terreno, ir ampliando la competencia del ESD.

Por último, se discutió la posible incorporación de un sistema de examen por homólogos, tanto como sustituto como complemento de la aplicación del ESD a la vez que como un instrumento de creación de capacidad. Las opiniones vertidas a este respecto fueron diversas y, en definitiva, tendían a señalar que este sistema era apto para, eventualmente, cumplir las funciones que se le asignaban, tanto como alternativa al ESD como un factor para el acercamiento y una mayor comprensión entre los Estados miembros en su respectiva aplicación

(92) Así, se ha señalado de manera harto descriptiva que: “*The dark side of the antitrust harmonization has always been procedure, not the substantive rules of antitrust. By procedure, I mean the institutions through which the international antitrust rules will be applied and enforced*”, Harry First, op. cit. p. 96.

de la legislación de competencia y como instrumento de creación de capacidad y desarrollo técnico (93).

## VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, pueden realizarse las siguientes consideraciones:

- El comercio y el derecho de la competencia interactúan de forma cada vez más intensa en la esfera internacional. Entre las causas del incremento de este fenómeno pueden citarse la globalización de la economía y correspondiente auge del comercio internacional; la paulatina liberalización de los mercados mediante la reducción de las barreras arancelarias y no arancelarias a la importación; el notable desarrollo del derecho de la competencia y la conciencia cada vez más extendida de su utilidad como herramienta para la eficiencia económica y el desarrollo; y la constatación de la complementariedad entre los objetivos de las políticas comercial y de competencia así como su incapacidad por separado para alcanzar los fines que les son propios.

- El sector público no es el único capaz de crear restricciones al comercio internacional. Igualmente, las empresas privadas, en tanto que actores principales del comercio, pueden, mediante su comportamiento en los mercados, erigir importantes barreras para el tráfico comercial. De esta forma, pueden frustrar el objetivo de las concesiones comerciales realizadas por el sector público.

- Igualmente, desde el punto de vista de la observancia de la normativa de competencia, el desarrollo del comercio internacional vuelve cada vez más improductivo un accionar aislado de las autoridades encargadas de esta función. En este sentido, prácticas tales como los cárteles internacionales, en donde la prueba de la colusión se encuentra diseminada entre varias jurisdicciones, o los cárteles de exportación, cuyos efectos se sienten en países distintos a aquél en el que tienen su sede las empresas que conforman el cártel, muestran claramente la insuficiencia de mecanismos de contralor puramente nacionales.

- Los acuerdos de cooperación internacional celebrados por los Estados a fin de paliar las carencias de sus sistemas nacionales de observancia han significado un importante aporte para mitigar los efectos de prácticas transfronterizas contra-

rias a la competencia. Estos acuerdos han demostrado ser sumamente eficaces principalmente a la hora de escrutar concentraciones o de suplir ciertas limitaciones relativas a la observancia, como, por ejemplo, las ligadas a la conjura de los cárteles de exportación. Sin embargo, la vinculación mediante estos acuerdos generalmente alcanza a un número reducido de Estados, quedando, por regla general, principalmente excluidos los países menos desarrollados. Igualmente, estos acuerdos muestran deficiencias para combatir aquellas prácticas anti-competitivas que al mismo tiempo generan un problema comercial, como serían las relativas al acceso a los mercados o una gran parte de los *hard-core cartels* internacionales.

- Por ello, un acuerdo vinculante multilateral que, cuanto menos, previera la obligación para los Estados de contar con una legislación de competencia, que esta legislación contuviera unos principios mínimos comunes que incluyera la prohibición de los cárteles intrínsecamente nocivos y, por último, que estableciera la posibilidad de cooperación entre las agencias tanto a nivel general como en casos concretos, se presenta como un instrumento de gran eficacia para mejorar la calidad y la intensidad de la competencia en el comercio internacional.

- Sin embargo, ante el congelamiento del tratamiento de esta cuestión en la OMC, este marco multilateral de competencia de carácter obligatorio no parece factible en el corto y aún en el mediano plazo. En este sentido, las divergencias demostradas por los Estados en cuanto a las prácticas a incluir en un eventual acuerdo, los sujetos destinatarios del mismo, los costos de su implementación y los riesgos para el comercio internacional que implicaría su (mal) uso por países que carecen de una cultura de competencia, y, por último, las cuestiones referidas a la observancia de un tal acuerdo, muestran la falta de consenso que todavía existe entre los Estados en relación con esta materia.

- De esta forma, descartado por el momento un acuerdo multilateral obligatorio, las medidas para dar respuesta al problema cada vez más acuciante de las prácticas anti-competitivas en el comercio internacional pasan principalmente por:

i) una profundización de los acuerdos de cooperación y una mayor apertura a fin de incluir cada vez más a los países hasta ahora excluidos de los mismos, teniendo como modelo posible, para el caso de países que presenten importantes asimetrías económicas, el acuerdo celebrado entre Canadá y Costa Rica;

ii) el desarrollo de una cultura de competencia a través de los acuerdos regionales, poniendo de manifiesto entre los

(93) Para un resumen sobre la problemática de los mecanismos de observancia, ver Informe 2003, capítulo C-II, ap. 79 y ss.

Estados las ventajas de disponer de una herramienta de este tipo y, al mismo tiempo, acostumbrándolos a la aplicación sistemática de una normativa garante de la competencia. Igualmente, puede pensarse en el establecimiento de lazos de cooperación entre bloques, lo cual permitiría un mayor flujo entre los distintos regímenes de competencia y abonaría el camino para futuros intentos tendentes a una mínima armonización en determinados sectores;

iii) por último, continuar y ahondar la labor de las otras organizaciones internacionales que se han ocupado y se ocupan de este asunto. En este sentido, las experiencias de la UNCTAD y de la OCDE muestran la utilidad y las posibilidades de un tratamiento no vinculante de esta materia. De igual manera, los contactos informales e intercambios de experiencias entre las agencias de competencia a través de organizaciones como la ICN se presentan como sumamente provechosos a fin de ir aproximando el conocimiento entre los diferentes sistemas y las distintas formas de aplicar el derecho antitrust.

Toda esta actividad desplegada en torno a la dualidad entre comercio internacional y competencia, unido a la impresionante labor realizada por el GT en aras de esclarecer las complejidades de esta cuestión y generar respuestas a los problemas que plantea, ha ido generando, sin duda, una paulatina evolución en esta materia. Este *acquis*, evidentemente, deberá ser tenido en cuenta en el momento en que exista el consenso necesario para reflatar el debate sobre un tratado multilateral sobre competencia, lo cual parece más una cuestión de tiempo que de probabilidad.