

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional
Privado



TESIS DOCTORAL

**El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el comercio
internacional.
(Una perspectiva latinoamericana)**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Jorge Alejandro Mier Hernández

Director

José Carlos Fernández Rozas

Madrid, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



**EL CONTROL DE LAS PRÁCTICAS
RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA
EN EL COMERCIO INTERNACIONAL
(UNA PERSPECTIVA
LATINOAMERICANA)**

Tesis Doctoral que presenta el Licenciado

JORGE ALEJANDRO MIER HERNÁNDEZ

Bajo la dirección del profesor Dr. D.

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad Complutense de Madrid

Madrid, junio de 2012

SUMARIO

Abreviaturas	11
--------------	----

INTRODUCCIÓN

I. Delimitación del objeto de la investigación	15
II. Cuestiones metodológicas	28
III. Contenido, objetivos y plan de exposición	38

CAPÍTULO I

POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y ECONOMÍA DE MERCADO

I. Defensa de la competencia y exigencias de la economía general	45
1. Justificación de las políticas de competencia	45
A) Eficiencia de mercado y eficiencia económica	45
B) Política comercial y política de competencia	51
2. Regulación interna e internacional de la libre competencia	59
A) Características de la regulación	59
B) Necesidad de una regulación internacional	64
3. Supervisión de la libre competencia	69
A) Papel de las autoridades de competencia	69
B) Visión comparativa del desarrollo institucional de las Agencias de Competencia de América Latina	73
C) Situación particular de México	77
II. Interacción entre Derecho de la competencia y comercio internacional	82
1. Vocación transnacional del Derecho de la competencia	82
2. Necesidad de un Derecho de la competencia de carácter	

transnacional	89
A) Factores justificadores	89
B) Problemas en presencia y marco regulador	92
C) Informe del Grupo expertos de la CE relativo a la política de competencia en el nuevo orden comercial: fortalecimiento de la cooperación y las normas internacionales	95
3. Hacia una <i>lex economica</i>	99
III. Competencia, globalización e integración económica	102
1. Aumento de la competencia entre las empresas	102
2. Defensa de la competencia económica en un mundo globalizado	106
A) Nueva orientación de las políticas de competencia	106
B) Condicionamientos externos	110
IV. Desarrollo económico y defensa de la competencia	114
1. Necesidad de una cultura de defensa de la competencia	114
A) Soluciones específicas para cada sistema	114
B) Puesta en práctica de la reglamentación elegida	114
2. Problemas de técnica legislativa	122

CAPÍTULO II

LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS

I. Objetivos de política legislativa	
1. Libre competencia como principio básico de un sistema económico de mercado	127
A) Rasgos generales de una tendencia expansiva	127
B) Promoción de la competencia	133
C) Orientaciones generales y particulares	137
2. Aproximación a una noción de libre competencia	140
A) Carácter multidisciplinar	140
B) Políticas de comportamiento y políticas estructurales	143
3. Razón de ser del Derecho de libre competencia	147
A) Delimitación	147
B) Proyección en América latina	150
II. Rasgos característicos del Derecho de la competencia	156
1. Contenido	156
A) Contenido estricto	156

B) Contenido amplio	159
2. Inclinación sancionadora	160
3. Propensión extraterritorial	163
A) Antecedentes	163
B) Territorialidad y extraterritorialidad del Derecho de la competencia	165
C) Alcance geográfico de aplicación	169
4. Tipos de medidas restrictivas de la competencia internacional	177
A) Monopolios y fusiones	178
B) Prácticas comerciales restrictivas	185
III. Fórmulas de aplicar la defensa de la libre competencia	188
1. Competencia perfecta y competencia imperfecta	188
A) Competencia perfecta	188
B) Competencia imperfecta	195
2. Conductas sancionadas por el Derecho de la competencia	200
A) Acuerdos y prácticas concertadas	200
B) Mercado relevante	205
C) Abuso de posición dominante	209
D) Interés económico general	216

CAPÍTULO III

PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO

I. Retos derivados de la diversidad existente en la normativa sobre competencia de los Estados	219
1. Insuficiencia de modelos uniformes	219
2. Medidas contra los nuevos tipos de prácticas comerciales restrictivas	224
II. Acceso a los mercados para las importaciones	228
1. Restricciones verticales	228
2. Cánones de importadores y medidas similares	230
III. Ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros	234
1. Prácticas anticompetitivas en presencia	234
2. Cánones de exportación	235
3. Aplicación de precios predatorios o discriminatorios en terceros mercados	238

IV. Inversión extranjera	240
1. Interacción entre el Derecho de la competencia y la inversión extranjera	240
2. Fusiones internacionales y cartelización de las grandes empresas	244
A) Relevancia para las políticas de competencia	244
B) Repercusiones de las fusiones y adquisiciones transfronterizas	248
3. Cártels con dimensión internacional	254
V. Propiedad intelectual	259
1. Derechos de propiedad intelectual y restricción de la competencia	259
A) Dialéctica entre propiedad industrial y libre competencia	259
B) Problemas de competencia económica por la protección del uso del conocimiento y de los avances tecnológicos	261
2. Tendencias flexibilizadoras	269

CAPÍTULO IV

COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA Y LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA

I. Ventajas de la cooperación internacional	273
1. Beneficios que puede reportar la cooperación internacional en la aplicación de la legislación y la política en materia de competencia	273
2. Soluciones unilaterales y coordinación	278
3. Ámbitos de la cooperación	281
A) Acuerdos bilaterales sobre competencia	281
B) Disposiciones incluidas en acuerdos comerciales bilaterales o regionales	285
C) Acuerdos no vinculantes de carácter multilateral	285
II. Foros donde abordar la problemática de las prácticas restrictivas de la competencia con incidencia en el comercio internacional	287
1. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)	287
A) Consideración de la política de competencia	287
B) Conjunto de Principios y Normas sobre Competen-	

cia de las Naciones Unidas de 1980	289
C) Ley tipo de defensa de la competencia	293
2. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)	296
A) Cooperación en materia de prácticas anticompetitivas	296
B) Paquete de Evaluación de Competencia	302
C) Promoción de las políticas de competencia entre los países de América Latina y el Caribe	305
3. <i>International Competition Network (ICN)</i>	306
III. Acuerdos bilaterales	310
1. Objetivos y contenido	310
2. Modelos en presencia	313
IV. Principios rectores de la competencia económica internacional	316
1. Principios primarios	316
A) Promoción de la eficiencia económica	316
B) Promoción del bienestar de los consumidores	316
C) Otros objetivos de la política de competencia	319
2. Principios ordenadores del diseño y la aplicación de la política	319
A) Presunción a favor de los mercados competitivos	320
B) Fomento de medidas externas e internas de apertura del mercado	322
C) Fomento de la competencia mediante una reglamentación favorable a la competencia y la reforma de la reglamentación	323
D) Evaluación de las posibilidades para ejercer el poder de mercado	326
E) Distinción entre vínculos horizontales y verticales	328
F) Protección de la competencia como proceso y no de los diversos competidores	331
3. Principios de diseño y proceso institucional	332
A) Adhesión a los principios de las garantías procesales debidas	332
B) Coherencia entre las funciones de la política de competencia y la reglamentación económica directa	334
C) Adhesión a los principios de no discriminación y transparencia	335
D) Cooperación internacional	336

CAPÍTULO V

REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

I. Alternativas de reglamentación	339
1. Modelos en presencia	339
A) Derecho uniforme o Ley Modelo	340
B) Derecho armonizado	341
C) Estándares mínimos	341
D) Conflicto de leyes	343
2. Acuerdo detallado o principios rectores	343
A) Aproximación máxima <i>Draft International Antitrust Code (DIAC)</i>	346
B) Aproximación mínima: adopción de ciertos principios y prohibición de ententes injustificables (<i>hard core cartels</i>)	346
3. Eventualidad de un Código mundial de la competencia: <i>An international antitrust law agreement.</i>	350
II. Principios rectores de la OMC y regulación de las prácticas restrictivas de la competencia	358
1. Antecedentes	358
A) La Carta de la Habana	358
B) Decisión de las Partes Contratante del GATT de 1960 sobre Consultas	361
C) Ronda Uruguay (1986–1994)	362
D) Políticas de competencia en el marco de la OMC	372
2. Ámbito de los principios rectores de la OMC	376
A) Trato nacional	376
B) Principio del trato de nación más favorecida	392
C) Principio de transparencia	399
3. La competencia en los acuerdos de Marrakech	405
A) Fomento de una competencia leal	405
B) Desarrollos sectoriales	408
C) Especial consideración del ADPIC	412
III. Desarrollo de la cooperación en el marco de la OMC respecto a la interacción entre comercio y competencia	418
1. Introducción	418
2. El Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia	424
3. Conferencia Ministerial de Singapur (1986) y los debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre la interac-	

ción entre Comercio y Política de competencia: la aproximación global	438
4. El Derecho de la competencia en el sistema de arreglo de diferencias de la OMC	444
5. Particularidades de los países e vías de desarrollo	448

CAPÍTULO VI

POLÍTICAS DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

I. Apertura económica y procesos regulatorios	453
1. Adopción progresiva del libre mercado	453
A) Una regulación en constante perfeccionamiento	453
B) Dificultades en presencia	457
2. Perspectiva sectorial en América Latina	464
A) El largo camino hacia la inserción de un sistema de libre competencia	464
B) Manifestaciones de una tarea compleja	468
3. Aproximación a un estudio comparativo	476
A) Argentina	476
B) Brasil	479
C) Chile	483
E) Colombia	484
F) México	487
G) Perú	491
H) Venezuela	495
II. Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales en América Latina y el Caribe	500
1. Acción autónoma o complementaria de los acuerdos	500
A) Origen y diversidad de los acuerdos comerciales	500
B) Estrategias para un nuevo regionalismo	503
2. Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales de la región	507
3. Política de competencia en acuerdos comerciales de libre comercio	510
A) Aspectos generales	510
B) Contenido y modelos	520
D) Recapitulación y perspectivas para la cooperación en política de competencia	523
III. Estudio de algunos modelos	528
1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte	528

A) Marco general	528
B) Significado del TLCAN para el nuevo regionalismo	530
C) Inserción del Derecho de la competencia	534
D) Ejemplo de la industria automotriz	538
2. Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE UU	540
3. Tratado de Libre Comercio entre EE UU, Centroamérica y la República Dominicana (DR-CAFTA)	542
IV. Derecho de competencia y movimientos de integración regional	547
1. Necesidad de sistematización de las normas de libre competencia	547
A) Integración regional e integración regulatoria	547
B) Objetivos	549
2. Mercado Común del Sur (MERCOSUR)	553
A) Antecedentes	553
B) Protocolo de Defensa de la Competencia de 1996	556
C) Recomendaciones para una política de defensa de la competencia en el Mercosur	560
3. Comunidad Andina de Naciones (CAN)	566
A) Acuerdo de Cartagena	566
B) Desarrollos sectoriales: la Decisión de 29 de marzo de 2004 (Decisión 608)	568
4. Comunidad del Caribe y Mercado Común (CARICOM)	573
5. Mercado Común Centroamericano	574
A) Condiciones de competencia de los mercados centroamericanos	574
B) EL MCCA y la libre competencia	579
C) Grupo de Trabajo sobre Política de Competencia	581
CONCLUSIONES	587
DOCUMENTACIÓN	609
BIBLIOGRAFÍA	617

ABREVIATURAS

ACICI	Agencia de Cooperación y de Información para el Comercio Internacional
ACR	Acuerdos Comerciales Regionales
ADOEXPO	Asociación de Exportadores Dominicanos
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
AEC	Asociación de Estados del Caribe
AFTA	<i>Asean Free Trade Area</i>
AIF	Asociación Internacional de Fomento
ALADI	Asociación Interamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALBA	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
ALC	Acuerdos de Libre Comercio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ANRD	Asociación de Navieros de la República Dominicana
APEC	<i>Asia–Pacific Economic Cooperation</i>
ASEAN.	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
ASMC	Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias
BIRPI	Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil
CARICOM	Comunidad y el Mercado Común del Caribe
CCA / OMA	Consejo de Cooperación Aduanera
CCD.	Comité de Comercio y Desarrollo
CCI / ICC	Cámara Internacional de Comercio de París
CCI / ITC	Centro de Comercio Internacional
CCM	Consejo del Comercio de Mercancías
CCMA	Comité de Comercio y Medio Ambiente
CCS	Consejo del Comercio de Servicios
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CEPE	Comisión Económica para Europa
CFI	Corporación Financiera Internacional
CMFI	Comité Monetario y Financiero Internacional
CNDC	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina

CNNC	Comisión Nacional de Negociaciones Comerciales
CUP	Convenio de la Unión de París
DIAC	<i>Draft International Antitrust Code</i>
ECOSOC	Consejo Económico y Social
ECOSOC	Comité de Mercados Emergentes
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GE	Grupo Especial
IADM	Iniciativa para el Alivio de la Deuda Multilateral
IAIS	<i>International Association of Insurance Supervisors</i>
IAPC	<i>International Auditing Practices Committee</i>
IASC	<i>International Accounting Standards Committee</i>
ICE	<i>Información Comercial Española</i>
IED	Inversión extranjera directa
IME	Instituto Monetario Europeo
IOCM / ROSC	Informes sobre observancia de códigos y normas
IOSCO	Organización Internacional de Comisiones de Valores
LDC	<i>Least Developed Countries</i>
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MEE	Medida de Efecto Equivalente
Mercosur	Mercado Común del Sur
MI	Marco Integrado para la asistencia técnica relacionada con el comercio en apoyo de los países menos adelantados
NC	Nomenclatura Combinada
NMF	Nación más Favorecida
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
OA	Órgano de Apelación
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIC	Organización Internacional de Comercio
OMA / WCO	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMGI / MIGA	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
ONG	Organización no Gubernamental
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OPI	Organismos de Promoción de inversiones
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PBEC	<i>Pacific Basin Economic Council</i>
PCC	Política Comercial Común
PECC	<i>Pacific Economic Cooperation Council</i>
PLT	Tratado sobre el Derecho de Patentes

PMF / LDC	Países Menos Favorecidos
PNUD	Programa de las NU para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las NU para el Medio Ambiente
PPAE / HPIC	Países Pobres Altamente Endeudados
PTAs	<i>Preferential Trade Areas</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
REDI	<i>Revista Española de derecho Internacional</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. int. dr. écon.</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
SA	Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías
SAI	Sistema Andino de Integración
SBLTR	Sistema Bruto de Liquidación en Tiempo Real
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEIC	Secretaría de Estado de Industria y Comercio
SEREX	Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
SIECA	Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana
SIGA	Sistema Armonizado de Gestión Aduanera
SPG	Sistema de Preferencias Generalizadas
SPLT	Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo
WCT	Tratado sobre derecho de autor
WPPT	Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas
ZF	Zona Franca

“La mundialización de la economía hace que sean cada vez mayores las repercusiones internacionales que tienen las diferencias de las normas de la política de competencia y el grado en que esas normas se hacen respetar” (Renato Ruggiero, Director General de la OMC, el 20 de noviembre de 1995 en su Conferencia sobre Defensa de la Competencia, en Roma).

INTRODUCCIÓN

I. Delimitación del objeto de la investigación

Aunque la competencia es un concepto esencialmente económico en la instrumentación de su defensa concurren esenciales elementos jurídicos. La competencia en el mercado evalúa la productividad de una economía en un contexto mundializado, con el objetivo de mejorar el nivel de vida y crear puestos de trabajo. El crecimiento de la productividad y de la competitividad está indisolublemente unido a una competencia efectiva pues a través de un control en materia de prácticas restrictivas, sobre abusos de posición dominante, concentraciones, liberalización de sectores o también sobre ayudas estatales, la competencia permite recompensar a las empresas que han logrado unos mejores resultados en materia de precios, calidad, surtido e innovación. y, por consiguiente, exige de las empresas y de los propios trabajadores una adaptación estructural continua. Existe una gran dificultad para evaluar la responsabilidad en el contexto del sistema global donde la política mundial, como un todo, carece de valores e instituciones universalmente admitidas. Una sociedad global universal es más una aspiración que una realidad, y ni siquiera ella podría asegurar la existencia de una sociedad civil coherente en el nivel glo-

bal, con fuertes pautas de comunicación y sentimientos inquebrantables de solidaridad con otros¹. La globalidad económica y unos negocios que cada vez se vuelven más internacionales e interrelacionados exigen inexorablemente unas reglas comunes, en las que deben priorizar una cortesía y acatamiento hacia la competencia – para lo que además se han configurado determinados organismos, tanto nacionales como internacionales, que se encargan de imponer normas de funcionamiento– y un respeto ilimitado para los consumidores².

Con la mengua de las dificultades gubernamentales al comercio y la inversión, se ha ido desarrollando una curiosidad creciente frente a la posibilidad de que los beneficios emanados de esa liberalización fracasasen por determinadas prácticas anticompetitivas cometidas en el sector privado. También se va consiguiendo el convencimiento con mayor precisión, de una parte, que las políticas comerciales y de competencia, que están indisolublemente coligadas, pueden contribuir decisivamente a un desarrollo económico firme y, de otra parte, que las políticas de competencia efectivas contribuyen a que los beneficios de la liberalización y las reformas basadas en el mercado lleguen a todos los ciudadanos.

Hasta nuestros días los Estados han desplegado políticas para fomentar la libre competencia y a combatir las prácticas restrictivas, en el mercado nacional, pero las acciones internacionales han sido, hasta la fecha, muy escasas³. Tras el fracaso de la Carta de La Habana, el Derecho internacional de la competencia nunca pu-

¹ Vid. P. Krugman, *Una política comercial estratégica para la nueva economía internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

² Vid. L. Ortiz Blanco, J. Maíllo González-Orús, P. Ibáñez Colomo y A. Lamadrid de Pablo, *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.

³ Vid. el estudio clásico de K. Junckerstorff, *Le principe général du droit international de la concurrence commerciale envisagé au point de vue dynamique*, París, Pedone, 1939.

do evolucionar positivamente produciéndose en consecuencia una importante laguna jurídica. Semejante situación desequilibra el propio sistema multilateral de comercio, al permitir la adopción de prácticas restrictivas de las empresas en los mercados internacionales o globales, y reduce la efectividad de los Derechos locales de la competencia. La incapacidad de las autoridades locales para regular la competencia ante los comportamientos adoptados en este sector es obvia. Por razones de lógica jurídica y de eficacia práctica, parece obvio que la economía, cada vez más global, debe quedar regulada por un Derecho también de dimensión global⁴.

Es cierto que desde 1947, año en que se instituyó el GATT, se ha generado una reducción efectiva de los obstáculos al libre comercio internacional creados por los gobiernos⁵. También es cierto que se han simplificado o suprimido barreras arancelarias y no arancelarias, así como limitaciones reglamentarias⁶. Sin embargo no se han elaborado a escala internacional un bloque normativo

⁴ N. Ligneul, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruselas, Bruylant, 2001.

⁵ La Carta de La Habana de 1948, en la que se proponía una organización internacional, contenía disposiciones sobre las prácticas comerciales restrictivas. Estaba previsto un procedimiento internacional de reclamaciones e investigación para una lista abierta de prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, debido al malogro de la proyectada Organización Internacional de Comercio, la política de competencia no quedó inserta en el programa sobre el comercio. Más recientemente se ha incorporado a los debates en diversos foros, entre ellos algunos componentes de las negociaciones de la Ronda Uruguay OMC (1997). *Vid.* OMC, "Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia" (WT/WGTCP/W/228).

⁶ La liberalización del comercio, incluyendo la eliminación progresiva de un gran número de barreras no arancelarias, ha contribuido a generar un alto grado de interdependencia entre los países. Esto ha sido particularmente evidente en Europa, donde el comercio intra-europeo creció más rápidamente que el PIB y más velozmente que el comercio con el resto del mundo. Esta interdependencia se observa, ante todo, en materia de bienes, aunque también se produce cada vez más en los servicios que han estado en el núcleo en la última etapa de la integración.

coherente relativo al comportamiento empresarial. La confección de normas multilaterales sobre la competencia es una de las materias que, desde el inicio de los años noventa, está cobrando mayor interés en todos los foros de discusión sobre el comercio internacional. Es un hecho evidente que tanto los Estados como las Organizaciones Internacionales han incrementado su preocupación por las cuestiones relacionadas con la competencia. Durante la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), la conveniencia de incluir normas sobre la libre competencia en un marco internacional adecuado fue objeto de debate a lo largo de las negociaciones entre los 107 signatarios del Acuerdo. Ahora bien, en una mesa redonda que tuvo lugar bajo los auspicios de la OCDE pocos meses después de finalizar la Ronda Uruguay quedó patente que las relaciones entre política comercial y política de competencia era una de las pocas cuestiones que habían quedado pendientes.

La economía mundial ha evolucionado y las empresas han adoptado estrategias internacionales o métodos de producción globales, lo que conduce a una mayor interdependencia de los países y que los mercados de muchos bienes y servicios se expandan a escala regional o incluso mundial. Esta creciente mundialización de la economía y del accionar de las empresas, ha hecho necesario establecer normas de comportamiento de carácter internacional, para regular la competencia y controlar las prácticas comerciales que afecten, al comercio internacional⁷. ¿Cuáles son las prácticas restrictivas de las empresas que distorsionan la competencia escala nivel internacional? La OMC apunta a tres grupos claramente diferenciados:

⁷ J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 63 ss.

i) las prácticas que restringen las importaciones⁸ (sobre todo los carteles de importación), los monopolios o las empresas que tienen privilegios en el mercado interno, incluyendo las compras que hace el Estado;

ii) las empresas que buscan tener un control de mercado en las operaciones de exportación (carteles de exportación) y las que tienen prácticas de fijación de precios (subsidios directos⁹ o cruzados¹⁰, dumping¹¹, etc.); y

iii) las prácticas de las empresas extranjeras que operan en un país y que pueden distorsionar la competencia en ese mercado¹². A

⁸ V.gr. los EE UU, la UE y 12 países más presentaron el 3 de marzo de 2012 una queja contra la Argentina ante la OMC por las trabas a las importaciones que impone la Casa Rosada a través del Ministerio de Industria y la Secretaría de Comercio Interior y advirtieron que, de mantenerlas, el Gobierno deberá explicarlas “por escrito” ante la entidad multilateral.

⁹ Aquellos en que el Gobierno paga directamente una parte del servicio a algunos consumidores.

¹⁰ Un subsidio cruzado se produce cuando una empresa modifica sus precios para que los ingresos obtenidos en un servicio le permitan financiar las pérdidas que tiene en otros. De esta suerte, una empresa podría promocionar el consumo de un servicio fijando su precio por debajo del coste y podría financiar esta estrategia fijando el precio de otro servicio por encima de su coste. Un ejemplo de subsidio cruzado es el que hacen los gobiernos a través de las eléctricas a favor de los usuarios residenciales de bajos consumos de energía eléctrica y de gravámenes en contra de los que consuman sin ahorrar energía. Otro ejemplo lo ofrece el servicio de aguas. Vid. P.A. Okumura Suzuki, “Subsidios cruzados en el servicio de agua potable en el Perú”, www.teleley.com.

¹¹ La desgravación arancelaria y la eliminación de las barreras no arancelarias secuela de sucesivas rondas de negociaciones multilaterales se han traducido en una expansión sin precedente del comercio mundial. Sin embargo hoy existe el peligro de que los beneficios de esta liberalización se vean reducidos por el abuso en la utilización de las legislaciones antidumping.

¹² H. Aschentrupp Toledo, “La Organización Mundial de Comercio y los retos del intercambio multilateral”, *Comercio Exterior*, México, noviembre, 1995, pp. 854 ss.

este respecto cabe distinguir tres presunciones de existencia de prácticas anticompetitivas: a) cuando una empresa nacional emprende prácticas anticompetitivas en el mercado interno; b) cuando una empresa extranjera emprende prácticas anticompetitivas en un mercado interno; y c) cuando las empresas extranjeras principian en mercados internacionales prácticas anticompetitivas que afectan a los precios de un mercado interno.

Al lado de las prácticas de las empresas, las medidas comerciales concebidas para proteger a la industria nacional tienen la virtud de distorsionar la competencia: desde los aranceles y las barreras para-arancelarias, ciertamente muy reducidos después de los acuerdos de la Ronda Uruguay, hasta las subvenciones a las exportaciones y las medidas antidumping (aún muy aplicadas, en una variedad de modalidades, por los países industrializados más que por los países en desarrollo.

En general, los Estados han evolucionado comparativamente más en cuanto a los instrumentos de protección al consumidor que en los de competencia, mientras que permanece una gran limitación en el marco legal antimonopolio y regulador y/o blandura en su aplicación. Semejantes restricciones han causado prácticas abusivas por parte de productores o empresarios en orden a posición dominante de mercado. En algunos casos las normativas estatales nacionales sobre competencia no cuentan con los instrumentos precisos para hacer frente a prácticas anticompetitivas de escala internacional y muchas prácticas poseen un alcance extra-jurisdiccional. Al mismo tiempo, cuando las empresas se prorratan los mercados mundiales o regionales o emplean otras prácticas anticompetitivas transfronterizas ya no nos hallamos ante un problema que perturbe únicamente a los consumidores y productores de determinado Estado.

Existe en la hora presente una metodología de consenso entre los operadores jurídicos que actúan en el sector que estamos estudiando de cómo llevar a cabo el análisis económico de la compe-

tencia. Tanto las guías de actuación como la práctica de las autoridades de la competencia han ido convergiendo hacia un análisis económico de conductas restrictivas de la competencia y de operaciones de concentración más evidente y más formal en el que se hacen más explícitos los fundamentos económicos y los métodos y técnicas cuantitativas que permiten valorar los perjuicios a la competencia¹³.

Las políticas de la competencia siempre han expresado controversias de orden jurídico, por una parte, y del orden económico, por otra parte. Desde el principio de los años ochenta, dichos debates se vieron ampliamente conmovidos por la globalización económica¹⁴. La internacionalización de las empresas precisa soluciones precisas a los problemas de competencia que desbordan el ordenamiento de un Estado determinado. Ahora bien, como no existen por el momento normas comunes ni instituciones supranacionales, el protagonismo sigue estando en los Estados nacionales a partir de sus normas específicas. La cuestión que ahora nos suscitamos ha de proyectarse entonces en la naturaleza y la incidencia del proceso de internacionalización de los límites reglamentarios de la competencia.

¹³ J.R. Borrell Arque, “Análisis económico de la competencia: lecciones de la experiencia comparada”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 243, 2006, pp. 56–76.

¹⁴ P. De Miguel Asensio, “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la seguridad*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, nº 7, 2005, pp. 47–84.

La política de la competencia¹⁵ es esencial para el desenvolvimiento de la economía mundial. Si la razón de ser de un mercado mundial es tolerar que las empresas compitan entre sí en condiciones iguales en los mercados de todos los Estados, la de la política de la competencia es beneficiar la eficacia económica instituyendo una atmósfera favorable para la innovación y el progreso técnico. En el marco de la economía de mercado, la competencia promueve el éxito económico, a la vez que resguarda lo mejor posible los intereses de los consumidores y al asegurar la competitividad de las empresas, de los productos y de los servicios en el mercado mundial. Muchas son las certezas que avalan un vínculo cada vez más estrecho entre competencia y comercio internacional: una competencia doctamente regulada entre los operadores económicos redundará en mayores oportunidades para el comercio. Recíprocamente, la apertura comercial en un marco regulado de libre competencia beneficia el buen funcionamiento del mercado y, por ende, el desarrollo tanto el de los Estados que insertan la competencia en sus sistemas económicos como el de la economía mundial, con sus efectos positivos para todos¹⁶.

En definitiva, se trata de lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancela-

¹⁵ Entre los objetivos de semejante política figuran, en términos generales, los siguientes: a) mantenimiento del proceso competitivo o de la libre competencia; b) libertad de comercio, libertad de elección y acceso a los mercados; c) libertad de acción individual; d) garantía de libertad económica; e) atenuación de los efectos adversos de la intervención gubernamental en el mercado; f) prevención del abuso de poder económico; g) consecución de eficacia económica. *Vid.* E. Huerta Arribas, "Política de competencia e integración de mercados en la Unión Europea", *Papeles de Economía Española*, nº 63, 1995, pp. 324-334.

¹⁶ L. Idot, "Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations", *Rev. int. dr. écon.*, vol. 16, nºs 2-3, 2002, pp. 175-205.

rias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países menos favorecidos. Se pretendería alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes¹⁷. Y, por último, se procuraría salvaguardar y originar el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Ello, aun siendo una gran verdad, está lejos de conseguirse en la realidad ya que al margen del minifundismo del poder de compra de los consumidores y las dificultades de asociarse para lograr una base sólida de representatividad, las autoridades de competencia son conscientes de las dificultades a la hora de poner en práctica la protección de las necesidades de los consumidores durante la aplicación de las reglas de competencia y además sus gobiernos no disponen fácilmente de la llave de mejora de la eficiencia del mercado o no es para ellos la primera prioridad.

Una muestra ilustrativa de los apresurados cambios que estimuló la globalización de la economía, es que la agenda de comercio internacional y regional no ha cesado de ampliarse desde que terminó la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales¹⁸. Hace ya más de una década, uno de los temas que se mencionaba entre los más “nuevos” en la OMC era el de compe-

¹⁷ I. De León, “Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en desarrollo”, <http://www.procompetencia.gov.ve/enfoquealternativo.html3np1>.

¹⁸ C. Teijelo Casanova, “La Ronda de Uruguay. Cuatro años de negociaciones comerciales multilaterales”, *ICE*, n° 684–685, 1990, pp. 57–70.; H. Wöss W, “El nuevo orden económico mundial y la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 203–204, 1995, pp. 131–139; A.M. Ávila, J.A. Castillo Urutia y M.A. Díaz Mier, *Regulación del comercio internacional tras la Ronda de Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1994.

tencia, reservado a algunos expertos de los países industrializados que apenas empezaban la ardua tarea de definir su ubicación en la temática comercial. Hoy es un fenómeno absolutamente extendido a todos los sistemas y con una mayor preocupación de los ordenamientos jurídicos.

En los últimos años, la Comisión Europea, la OCDE, el Banco Mundial y algunos “tanques de pensamiento” en los países industrializados han reforzado los estudios sobre las relaciones entre competencia y comercio, y al lado de las acciones diplomáticas pertinentes, lo han insertado rápidamente en la escena multilateral y regional. Precisamente, el concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la competencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. El concepto de libre competencia se aplica normalmente en un país, y toma en cuenta a bienes nacionales como extranjeros. Por ello, las políticas de libre competencia y de libre comercio están estrechamente ligadas.

El terreno de la defensa de la competencia en los mercados nacionales resulta todavía manifiestamente insuficiente para que abunden las explicaciones en materia de formulación de normas y fortalecimiento de los aparatos institucionales correspondientes, con las subsiguientes acciones en materia de cooperación internacional¹⁹. Pero hasta la fecha, los esfuerzos tienden a concentrarse en la competencia interna más que en el vínculo comercio-competencia, donde organismos como la OMC y la UNCTAD han

¹⁹ T. Palacios Blasco, “Cooperación internacional en política de competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 407–430.

impulsado el debate introduciendo criterios políticos derivados de las asimetrías e inequidades existentes en el sistema económico mundial.

La defensa de la competencia debe ser entendida en un sentido amplio, comprendiendo áreas colaterales que tienen implicaciones en los derechos de los agentes económicos en el mercado (productores y consumidores). Bajo este enfoque, la defensa de la libre competencia está íntimamente ligada a: a) la protección al consumidor; b) la definición de estándares técnicos y de normalización en el mercado; c) el levantamiento de barreras al mercado; y, d) la propiedad intelectual (marcas, patentes, derechos de autor).

Cabe insistir en que las normativas sobre protección de los consumidores y sobre defensa de la competencia forman dos de las áreas más significativas del Derecho económico y poseen, además, una gran repercusión en el funcionamiento de los mercados. Su conexión en términos de objetivos y de aproximación en la regulación de los mercados es esencial: ambas comparten, como finalidad más relevante y principio organizador, procurar el beneficio de los consumidores. Sin embargo, cuando se analizan en detalle las cuestiones económicas subyacentes, surgen importantes diferencias. El poder de monopolio es el problema principal del Derecho de la competencia, por el contrario, la legislación de consumidores no está en principio asociada al poder de mercado en sí mismo, ni siquiera entendiéndose éste como un desequilibrio en el poder económico o de negociación entre productor y consumidor. La razón fundamental que justifica, en términos económicos, la legislación sobre protección del consumidor es la existencia de información imperfecta en los mercados de consumo. Ahora bien, la discrepancia aludida de los fundamentos económicos de ambas legislaciones no es incompatible con la idea de que, en ciertas circunstancias, la consideración conjunta de la promoción de la competencia y de la protección del consumidor resulte necesaria, aunque no se deba olvidar nunca la finalidad principal de cada una de estas ramas del Derecho.

La interacción de la política de competencia y la liberalización comercial²⁰ se encuentra actualmente en la discusión que tiene lugar con motivo de la negociación de acuerdos de libre comercio tales como, en su día, el Tratado de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio con los EE UU, la Ronda de Doha en la Organización Mundial del Comercio, y otros. La inserción de este tema en las disciplinas del comercio es el resultado de una nueva percepción sobre el papel de estos acuerdos en la conformación de espacios para el intercambio comercial, donde se da un papel protagonista a los mecanismos de mercado en dichos procesos, y por tanto, a su regulación eficiente. Una vez que el Derecho de la competencia ha sido descartado de la Ronda de Doha de la OMC²¹, es acaso la ocasión adecuada para realizar un balance sobre el estado de la cuestión en lo que atañe a la interacción entre el comercio y la política de competencia, a la luz de la labor realizada, durante los años en los que estuvo constituido, por el Grupo de Trabajo creado en el seno de la OMC para estudiar esta interacción. En la presente tesis se ofrece una exposición de las cuestiones que suscita la competencia para el comercio internacional y las diferentes soluciones que se han ido planteando, para, finalmente, referirse, en particular, al tratamiento que recibió esta cuestión en el Grupo de Trabajo antes mencionado y determinar cuáles son sus perspectivas actuales, una vez que este tema ha sido temporalmente excluido de la Agenda de la OMC.

Las metas que se esperan alcanzar con los acuerdos comerciales, cuyo propósito es la eliminación de trabas al comercio, pueden verse malogrados como consecuencia de irrefutables prácticas empresariales cuya consumación pudiera implantar nuevamente los obstáculos comerciales, tales como carteles y otras prácticas

²⁰ Vid. con carácter general, I. García Bercero, “Comercio y competencia”, *Información Comercial Española*, n° 785, 2000, pp. 27 ss.

²¹ F. Rodrigo, “Para entender la OMC y la Ronda de Doha”, *Economía exterior*, n° 37, 2006, pp. 28–38.

transfronterizas restrictivas del comercio, dando por resultado la llamada “privatización del arancel”. A la par, las políticas comerciales de los gobiernos pudieran establecer dispositivos para demorar o frustrar la liberalización comercial lograda por vía de negociaciones arancelarias, a través de la aplicación discriminatoria de políticas comerciales.

En los tratados comerciales se entrevé la necesidad de escudar los beneficios derivados de la competencia respecto de las acciones desleales de las empresas (colusión, abuso posición dominante). Una tarea que se lleva a cabo a través de cláusulas que detallan los objetivos particulares de las partes en función del nivel de complicación, modernización e institucionalidad de competencia de los países. La confianza de las políticas depende asimismo de las contingencias institucionales para consumarlas e incitarlas como, igualmente, de los procedimientos y acciones para desarrollarlas. La competencia en América Latina es perceptiva del grado de desarrollo de los países, del volumen de descentralización de sus decisiones y/o la intervención del Estado en la economía, la madurez y tamaño de sus mercados y el nivel de internacionalización de los mismos.

II. Cuestiones metodológicas

La metodología manejada en un trabajo de investigación está en función de los postulados que el investigador considere como válidos pues será a través de la acción metodológica como recolecte, ordene y analice la realidad estudiada²². El método es, pues, el camino del pensamiento científico para la búsqueda de la verdad por lo tanto, comprende la formulación, la ordenación de juicios en un sistema teóricamente; y finalmente, su exposición racionalmente adecuada para el convencimiento o para la enseñanza. Consecuentemente, la validez otorgada al uso de uno u otro método estará dada en el marco de los paradigmas de la ciencia²³.

Si consideramos al Derecho como una realidad compleja compuesta por múltiples facetas, resulta claro que debe ser estudiado desde diferentes disciplinas, las que hacen uso de métodos propios para poder abordar los diversos aspectos que comporta el derecho en tanto objeto de estudio. Resulta un lugar común la afirmación según la cual la teoría económica se confecciona a partir de una metodología inductiva, en que la repetición de conductas o hechos particulares arrastran hacia la revelación y formulación de la ley o verdad general, a diferencia del Derecho, en que la ley aplicable a un caso particular es deducida de la ley general, a través de un mé-

²² H. Fix-Zamudio en su obra *Metodología, docencia e investigación jurídicas* (México, Porrúa, 1997) define la investigación jurídica como “la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado”.

²³ J. Melián Vega, “Métodos de la ciencia jurídica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 8-9, 2003-2004, pp. 177-188.

todo deductivo. También resulta otro lugar común el entendimiento de que la economía identifica las leyes que explican las razones por las cuales las personas contratan o por las cuales realizan en general actos jurídicos o por las cuales, incluso deciden no cumplir sus obligaciones o infringir el Derecho y que, por el contrario, el Derecho regula los efectos y consecuencias que se derivarán de ciertos actos o hechos²⁴.

Lo cierto es que la economía tiene por objeto fundamental el estudio del problema económico y el análisis de cómo se resuelve la asignación de recursos escasos ante necesidades en presencia, formando parte así, del objeto de su estudio, todas las acciones humanas encaminadas a resolver ese dilema. Y, de esta manera, el Derecho puede ser analizado desde el punto de vista económico, ya sea como una creación del hombre o bien, como un elemento que los individuos tienen en consideración al momento de tomar sus decisiones económicas. Y en este punto cabe retener que la relevancia de la investigación económica acerca de las conductas anti-competitivas tiene como objetivo esencial servir de apoyo y complemento para demostrar los hechos imputados más que a servir como prueba directa. El procedimiento es, en síntesis, el de buscar, recopilar y presentar información, conceptos y cifras que permitan mostrar que la conducta restrictiva imputada, y no otra, es la única compatible con los hechos. Y, en cuanto a las herramientas y métodos de análisis hay que considerar dos aspectos,

²⁴ Más de un siglo antes de que Carnelutti hubiera planteado la anterior relación entre la economía y el Derecho, uno de los más importantes precursores de las ciencias económicas, A. Smith, argumenta en su obra *La riqueza de las naciones* que existe un de cada individuo, al buscar su propio provecho, redundan en bien de toda la comunidad. Por este motivo, según Smith, el Estado no debe intervenir en la economía, ya que ésta se rige por sus propias leyes naturales que la guían, como una “*mano invisible*”, hacia su punto de equilibrio. Vid. E. Roll, *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 127 ss.

uno teórico y uno empírico²⁵, concretado en la recopilación y el análisis de datos relativos al mercado o al producto.

El método inductivo se confronta al método deductivo, cuya aspiración es demostrar, mediante una construcción lógica una conclusión a partir de premisas o axiomas tomadas como verdaderas. Si bien no es inexorablemente exacto, es factible explicar esto aseverando que el método inductivo deduce lo general a partir de lo particular a diferencia del método deductivo, que obtiene la verdad particular a partir de la general. Desde una perspectiva económica se contemplan los hechos y particularmente los comportamientos del hombre y constatados estos hechos y su repetición, trata de encontrar las leyes que explican ese comportamiento. Mas semejante método inductivo no es incompatible con las herramientas metodológicas que ofrece el método deductivo y así, en la investigación es factible aglutinar el método inductivo con el deductivo. Según la teoría de K. Popper, que la verdad inductiva es válida en cuanto siendo refutable o falsable, no se demuestra lo contrario o refuta en un caso particular²⁶.

La metodología presente en la presente tesis de doctorado apunta a considerar los conceptos jurídicos o los hechos a partir de

²⁵ En especial, la aplicación de técnicas econométricas en casos de competencia es hoy habitual y juega un papel cada vez más relevante. Ello se apoya por ejemplo en la UE en que la Comisión fije las Directrices para el Análisis de Fusiones Horizontales en mayo del 2004, completadas recientemente con las Directrices para el análisis de fusiones no horizontales; y también es patente en un cambio de enfoque en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE donde el análisis se centra con más frecuencia en los efectos competitivos del acuerdo o practica en cuestión y no en su forma. L.-H. Röller, “Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe”, *Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies* (P.A.G. van Betgeijk y E. Kloosterhuis, eds.), Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA), E. Elgar, 2005; D.J. Neven, “Competition economics and antitrust in Europe”, *Economic Policy*, nº 21, 2006, pp. 741–791.

²⁶ K.R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, Barcelona, Círculo de Lectores; 1995.

hipótesis producidas por el Derecho, siendo dichas hipótesis satisfechas mediante un examen crítico del sistema jurídico. Se descarta así la dogmática consistente en la mera descripción de las normas jurídicas vigentes, en una visión objetiva, desprovista de todo juicio crítico o desviación subjetiva y reducida a descubrir cual es el Derecho vigente, con prescindencia de toda preferencia o concepción política o filosófica. Y, únicamente si se considera necesario para acotar el tema propuesto, se recurrirá a argumentos de *lege lata*, es decir a las interpretaciones del Derecho vigente y a los argumentos o proposiciones de cambios legislativos y de política jurídica constitutivos de lo que se conoce como *lege ferenda*. Dicho examen crítico permite liberar lo que puede calificarse de Derecho “sustancial” o “material” de un análisis o a una calificación que puramente formal. El análisis sustancial conduce a rechazar determinados los conceptos jurídicos que no se consideran como acervos axiomáticos.

Como es lógico ello conduce al tradicional debate que se genera en la relación entre el Derecho y los hechos. Mas el análisis sustancial requiere también la relación entre la forma y el fondo. El análisis sustancial presenta igualmente un carácter sistemático: critica el sistema jurídico mismo. Conviene describir el método, de llevar su crítica y de considerar su destino. El análisis sustancial es ante todo un método. Es útil presentar su funcionamiento: es a la vez crítico en lo que invita a un adelantamiento de las formas y fecundo en lo que permite la creación de nuevas figuras jurídicas. Como método crítico, requiere confrontar las categorías jurídicas formales con los hechos para someterlas a una prueba de compatibilidad y de coherencia. El análisis sustancial es fecundo en lo que permite volver a transcribir en nuevas categorías jurídicas los datos de hecho para que el derecho sea más conforme a la

realidad²⁷. El análisis sustancial, siendo por esencia crítico, no debe el mismo escapar a la crítica. Esto conduce a subrayar lo que puede aparecer como “ambigüedades” del análisis sustancial y por lo tanto, del Derecho económico (entendiendo por tal el conjunto de normas jurídicas que de alguna manera inciden a la producción, comercialización o consumo de bienes económicos y al ordenamiento jurídico que organiza la actividad económica) que cuenta con el mercado como protagonista principal²⁸. Además, desde el punto de vista de su alcance teórico y práctico, el análisis sustancial es *a priori* una fuente de “inconvenientes”: complejidad, inseguridad jurídica y perversión de las categorías jurídicas. En caso de ser reales, dichos “inconvenientes” sin embargo no son invencibles y tienen su importante capítulo de “virtudes”. Conviene finalmente tratar de medir cuál es el destino del análisis sustancial tanto con respecto al sistema jurídico mismo como de sus actores, es decir los juristas. El sistema jurídico se nutre naturalmente de análisis sustancial. Su éxito en el mundo del Derecho – a semejanza de sus potencialidades en el marco de la edificación del “lazo social” por el Derecho, incluso de una “economía de Derecho” y de un “Derecho común” – contrasta con su fracaso en el mundo de los juristas²⁹.

²⁷ J. Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.

²⁸ En orden al papel del Derecho en una economía de mercado, el profesor Malloy presenta una novedosa aproximación al análisis del Derecho basada en las herramientas analíticas e interpretativas propias de la semiótica. La superación del paradigma estático tradicional le permite construir un “Derecho y economía de mercado” dinámico y centrado en el concepto de riqueza proactiva, que aboga por una ética general de responsabilidad social que promueva la accesibilidad, la diversidad, la reciprocidad y la distribución extensiva de los recursos como parte fundamental del concepto de creatividad. Consecuentemente, sus aportaciones suponen una revisión crítica del análisis económico del Derecho tradicional (R.P. Malloy, *Derecho y economía de mercado*, Madrid, M. Pons, 2007).

²⁹ G. Farjat, *Pour un droit économique*, París, PUF, 2004.

Si el problema de la libre competencia y del poder monopólico se estudia exclusivamente a partir del examen exegético de las normas antimonopolios o del estudio de la práctica de las autoridades de control, no sólo no se agotaría muy pronto el tema el tema, sino que quedarían fuera cuestiones jurídicas importantísimas y tal vez mucho más relevantes en materia de competencia y de monopolio como pueden ser las barreras a la entrada institucionales creadas por el ordenamiento jurídico, como aquellas que por ejemplo afectan a la industria médica, a la automedicación, cuestiones que suponen un impacto económico social seguramente más trascendente e importante que la regulación de las fusiones o sanción de las colusiones, todo esto dentro del tema de la libre competencia. Como es bien sabido, el análisis económico del Derecho es una metodología y no una teoría del Derecho³⁰.

Las propuestas a ese respecto no deberían implicar protesta alguna por parte de los juristas “abiertos”³¹. Dicho análisis puede colocarse en una perspectiva comparatista. Por ejemplo, al explorar las potenciales conductas anticompetitivas de los agentes económicos que pueden afectar a los ciudadanos y a las empresas es menester considerar desde una perspectiva económica, entre otros aspectos, la estructura del mercado donde se desarrolla la actividad o los posibles efectos restrictivos de dichas conductas. Y ello

³⁰ Vid. M. Polinsky, *Introducción al análisis económico del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1985.

³¹ Gran parte de la literatura sobre análisis económico del Derecho tiene como objetivo explicar y analizar el Derecho vigente en los países anglosajones (y, en especial, el de EE UU) y parte por lo tanto del estudio de la principal fuente de ese Derecho que es el *common law*, formado por la jurisprudencia y la costumbre. Esto no sólo no es incompatible con el enfoque económico del Derecho sino que hasta puede ser una importante ventaja para el análisis, ya que las normas codificadas son por su mismo origen más amplias y están pensadas para ser aplicadas con un criterio general, que está en principio más cerca del pensamiento abstracto que se utiliza en economía de lo que pueden estar las conclusiones puramente casuísticas habituales en el *common law*. Vid. J. Olivera, *Derecho económico*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1980.

porque en materia de defensa y promoción de la competencia, es frecuente el uso de conceptos jurídicos indeterminados (operador dominante, mercado relevante ...), cuya determinación conlleva la aplicación de análisis fundamentados en criterios económicos. Esta aplicación suministra una mayor objetividad y transparencia en la evaluación de las conductas en la medida que los criterios utilizados son conocidos por la pluralidad de agentes económicos y por las autoridades administrativas y judiciales. De esta suerte, el análisis económico debe de realizarse empleando reglas flexibles, coherentes y claras, cuyos resultados puedan ser contrastados a través de evidencias efectivas³². Por lo demás, la relevancia del análisis económico en la defensa de la competencia ha sido también subrayada por el antiguo Tribunal de Primera Instancia de la UE (hoy TG), al anular ciertas Decisiones de la Comisión en materia de fusiones, alegando que dichas decisiones no estaban suficientemente fundamentadas en el análisis económico³³.

³² La aplicación del análisis económico al Derecho de la competencia se manifiesta en diversos sectores donde operan los órganos de defensa de la competencia como, por ejemplo, acuerdos colusorios y prácticas abusivas; concentraciones; o promoción de la competencia. Baste observar que en el ámbito de la UE aplican enfoque económico al control de concentraciones y al abuso de posición de dominio, y últimamente también se ha introducido este enfoque en la evaluación de acuerdos colusorios de la competencia. Puede afirmarse que en este sistema de integración se ha caminado de un método de control de prácticas básicamente formalista, en la que aquellos acuerdos que se sujetaran al contenido de la ley se consideraban conformes a la misma, a uno en el que prima el análisis económico de los efectos de los acuerdos en el mercado al que afecten (*cf.* E. Prieto, “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea”, *ICE*, n° 820, 2005, pp. 99–110, esp. p. 104).

³³ Asimismo, en el caso de la reformas en materia de control de concentraciones, el paso del test tradicional de creación o reforzamiento de una posición de dominio a una obstaculización significativa de la competencia efectiva conlleva, además, que los análisis basados en la variación en precios como resultado de una fusión, sean ahora mas relevantes y, por lo tanto, los modelos de simulación tienen en la actualidad un mayor campo de trabajo para complementar el análisis tradicional, basado en barreras a la entrada, poder de compra o los potenciales problemas de competencia de las fusiones

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las relaciones entre el análisis económico y el Derecho de la competencia no han sido siempre íntimas³⁴ aunque la aplicación del Derecho de la competencia ha ido progresivamente incorporando instrumentos y criterios económicos. Puede afirmarse que el Derecho de la competencia se conforma actualmente como un Derecho económico en el que deben interactuar el Derecho y la economía en estrecha colaboración y complementariedad. El Derecho de la competencia es un Derecho especializado que requiere la aplicación del análisis económico con la humildad de sus limitaciones³⁵.

El estudio de las interacciones entre Derecho y economía corresponde en realidad a su comparación y como cualquier estudio comparativo posee un carácter esencialmente instructivo. Es muestra casi de un cuidado espiritual para el jurista. La calidad principal del análisis económico del Derecho es de permitir que el jurista, al igual que el economista, “salga” de su marco habitual de reflexión. Permite enriquecer el sistema jurídico mismo que, como cualquier sistema, lo necesita. En la medida en que el sistema es una representación esquemática de una realidad infinitamente compleja, que contribuye así a reducir, no es capaz de traducir exactamente dicha realidad. El análisis económico del Derecho se manifiesta como particularmente pertinente en la óptica subversiva en la cual se inscribe³⁶.

propuestas. *Vid.* B. Arruñada, “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de la competencia”, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia* (J.M. Beneyto, dir.), Barcelona, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 51–67.

³⁴ A. Petitbò, “Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de funciones”, *Anuario de la competencia*, 2001, pp. 45–75, esp. p. 65.

³⁵ J. Pascual: “Resumen de fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 2003, pp. 10–31, esp. p. 30.

³⁶ G. Maître y H. Muir Watt, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, 315 pp.

El análisis económico del Derecho, tiene naturaleza en el estudio estructural del Derecho y la economía, por tanto no tiene necesariamente que limitarse a estudiar normas de Derecho económico. Un segmento de autores entienden que el Derecho económico se encarna en aquellas normas que se refieren a actividades de las empresas comerciales e industriales, con lo cual dicha expresión aparece utilizada como sinónimo de Derecho comercial, cosa que polariza la posición de la mayoría de autores que rechazan de plano dicha suposición. Distinguiendo en todo caso, otro sector de especialistas que lo aprecian como un Derecho privado económico de un Derecho público económico; en el primero incluyen las normas relativas a contratos, responsabilidad civil, sociedades, entre otros; y, dentro del segundo a las normas relativas a impuestos, regulaciones financieras etc. cuando trata la cuantificación económica del daño³⁷. El análisis económico del Derecho es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía cuyo objetivo es analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas dentro del funcionamiento de los mercados, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos y su repercusión en las cantidades y los precios.

La metodología del análisis económico del Derecho (*law and economics*), ha dado lugar a originales reflexiones en torno al comportamiento humano y a la ordenación de la sociedad a través del Derecho. Concretamente en el caso del Derecho de la competencia las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas, legislaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de aplicarlas. En ese sentido, según el profesor de la Universidad de Chicago y juez federal norteamericano R. Posner hasta 1960

³⁷ Vid. por todos, J.C. Fernández Rozas, “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 197–236

puso de relieve que el análisis económico del Derecho era prácticamente sinónimo de análisis económico del Derecho *antitrust* los expedientes de casos sobre *antitrust* proporcionaban una mina rica en información sobre las prácticas comerciales; y los economistas, quienes en ese tiempo estaban preocupados por la cuestión del monopolio, se dispusieron a descubrir la racionalidad económica y las consecuencias de dichas prácticas³⁸.

En la presente tesis se recurrirá análisis económico del Derecho, como mecanismo orientador de las normas que configuran el Derecho de libre competencia con la pretensión de estudiar, en forma ordenada y completa, el enfoque o visión del ordenamiento jurídico relativo a la eficiencia económica y a la equidad.

³⁸ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Aspen Publishers, 2003, p. 23.

III. Contenido, objetivos y plan de exposición

En el desarrollo de la presente tesis de doctorado se pretende realizar un trabajo básico para iniciar el análisis de la competencia económica, abordando temas tales como: nociones y referencias económicas de la competencia (mercado; competencia perfecta, monopolio y competencia; competencia imperfecta; competencia practicable), diversas concepciones de competencia. El Derecho de la competencia: su origen y evolución histórica–económica y jurídica, el sistema mexicano de defensa de la competencia y los principales sistemas en el contexto internacional, sus diferencias, la aplicación de las normas de competencia, las funciones y objetivos del Derecho de la competencia y las políticas de competencia: contexto e importancia, diversidad, organización, entre otros. Ello implica, asimismo, realizar un estudio sobre la apertura de la competencia en sectores inmersos en procesos de liberalización y neo regulación. Los temas a analizar son: el nuevo sentido de la regulación económica: regulación sustitutiva de “mercado vs. regulación” promotora del mercado; competencia regulada en servicios públicos: desintegración y separación de actividades, régimen jurídico de actividades competitivas y no competitivas³⁹.

Con ello se intenta realizar una investigación de la perspectiva institucional pública del aseguramiento de la competencia, su análisis como política pública y su función pública de naturaleza administrativa. Se acomete un análisis de las líneas de la organización administrativa al servicio de la competencia de distintos sistemas, con el objeto de realizar una comparación genérica de los respectivos modelos organizativos. Los temas que se proyectan

³⁹ L.R. Tovar, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, D. F. ITAM y Porrúa, 2000.

analizar son: la organización administrativa de defensa de la competencia en EE UU, la Unión Europea y México: sus orígenes, sentidos y funciones, tipologías administrativas, agencias especializadas, agencias independientes, gestión de asuntos.

A partir de lo anterior, la presente tesis busca desarrollar una amplia investigación interdisciplinaria de la competencia económica internacional y la regulación, que permita analizar su realidad jurídica, económica, política, social e institucional y que nos conduzca a determinar conclusiones que contribuyan a su consolidación. La propuesta pretende la investigación y el análisis sobre el contenido, la metodología, los marcos normativos, los procesos, las instituciones, las políticas y la gestión de los sistemas regulatorios y de competencia, con el propósito de mejorar su eficiencia y contribuir a impulsar el desarrollo económico y social. Ciertamente, el estudio de la competencia económica y la regulación, es muy amplio pues su análisis va desde temas generales a aspectos muy específicos, por lo que la propuesta es llevar a cabo la investigación de lo general a lo particular. Ello requiere una investigación interdisciplinaria con la finalidad de analizar su realidad social, política, jurídica, económica e institucional. Las políticas de competencia son parte integral de las políticas económicas. El objetivo principal de las políticas de competencia es conservar y promover la competencia como medio para asegurar la asignación eficiente de recursos en una economía. Si bien se pueden distinguir efectos meramente económicos y otros no económicos, la competencia conduce a un orden social espontáneo y productivo.

Como podrá comprobarse a lo largo de las páginas siguientes el Derecho y la Economía no deben ser concebidos como ciencias sociales independientes pues el mercado no es otra cosa que la materialización del intercambio de derechos de propiedad, lo cual

a su vez requiere de un vehículo institucional (los contratos) y, por lo tanto, de un sistema (legal) que incentive estos intercambios⁴⁰.

La tesis está estructurada en seis capítulos. En el primero, se estudian con carácter general las políticas de competencia concebidas como una exigencia de la economía general y de eficiencia económica; para ello se parte de la distinción entre política comercial y política de competencia con el objetivo de evidenciar, en primer lugar, el plano normativo, esto es, cómo se plasma esta última tanto en el ámbito interno como en el internacional y, en segundo lugar, para examinar cual es papel de la supervisión y, en concreto, de las autoridades de competencia, a partir de una visión comparativa del desarrollo institucional de las Agencias de Competencia de América Latina con una especial referencia a la situación particular de México. A continuación se presta atención a la interacción entre el Derecho de la competencia y comercio internacional con especial detenimiento en la vocación transnacional del Derecho de la competencia y en la necesidad de un Derecho de la competencia de carácter transnacional apuntando los problemas en presencia que tal empresa entraña. La apuntada vocación ofrece una relevancia especial en relación con tres fenómenos propios de nuestros días: la globalización, la integración económica y el desarrollo. Su examen conduce a postular la necesidad de una cultura de defensa de la competencia apuntando las soluciones específicas para cada sistema y la puesta en práctica de la reglamentación elegida en insistiendo en los problemas propios de técnica legislativa

La política de la competencia en el contexto de la política económica de los Estados es la rúbrica que intitula el Capítulo segundo, que gira en torno a la configuración de la libre competencia como principio básico de un sistema económico de mercado. Se apuntan al efecto los rasgos generales de su tendencia expansiva y

⁴⁰ R. Cooter y Th. Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

de sus características generales haciendo especial hincapié en los problemas que suscita su carácter extraterritorial, determinando su alcance geográfico. Y, en orden a su dimensión sancionadora, se estudian las medidas restrictivas de la competencia internacional (monopolios y fusiones y prácticas comerciales restrictivas, como antesala para explicar los modos de aplicar la defensa de la libre competencia partiendo de la distinción entre competencia perfecta y competencia imperfecta, insistiendo en las conductas sancionadas (acuerdos y prácticas concertadas, mercado relevante, abuso de posición dominante e interés económico general)

La dimensión propiamente internacional de las rúbricas expuestas conforman el Capítulo tercero, dedicado a las prácticas comerciales restrictivas de carácter transfronterizo consecuencia directa de la diversidad existente en la normativa sobre competencia de los Estados, caracterizada por la insuficiencia de modelos uniformes y por la necesidad de insertar medidas específicas contra los nuevos tipos conductas anticompetitivas. Se estudian con tal propósito, de un lado, el acceso a los mercados para las importaciones y, en concreto, las restricciones verticales y los cárteles de importadores y medidas similares; y, de otro lado, el ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros con especial detenimiento en las prácticas anticompetitivas en presencia, en los cárteles de exportación y en las cuestiones suscitadas por la aplicación de precios predatorios o discriminatorios en terceros mercados. El capítulo finaliza con la consideración detallada de dos sectores especialmente implicados en la política de competencia transnacional. En primer lugar, la inversión extranjera, que es testigo tanto de las fusiones internacionales como de la cartelización de las grandes empresas; en segundo lugar, de la propiedad intelectual, cada vez más proclive a la presencia de restricciones a la competencia económica.

La cooperación internacional puede ser una vía de solución a la dimensión transfronteriza de la competencia y a ella se dedica el Capítulo cuarto, que se inicia con el apunte de sus ventajas de la

cooperación internacional y de los beneficios que puede reportar en la aplicación de la legislación y la política en materia de competencia, tanto desde una perspectiva unilateral de los Estados como a través de una política convencional. Protagonistas de esta última son los acuerdos bilaterales sobre competencia, las disposiciones incluidas en acuerdos comerciales bilaterales o regionales y los acuerdos no vinculantes de carácter multilateral. Mas la cooperación sería ineficaz sin la existencia de una serie de foros internacionales donde abordar la problemática de las prácticas restrictivas de la competencia con incidencia en el comercio internacional. Dichos foros son tres. En primer lugar, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, que se ha distinguido por elaborar un conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas de 1980; en segundo lugar, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, que ha preparado el denominado “Paquete de Evaluación de Competencia” y que promueve decisivamente las políticas de competencia entre los países de América Latina y el Caribe; en tercer, y último lugar, está un ente de nuevo cuño cuyas posibilidades en la materia estudiada todavía no están perfectamente delimitadas: la *International Competition Network*. Semejante cooperación no podría ser eficaz si no descansara en la existencia de una serie de principios rectores (promoción de la eficiencia económica y promoción del bienestar de los consumidores) para ordenar el diseño y la aplicación de la política de competencia.

La irrupción de la Organización Mundial del Comercio en la ordenación transnacional de la competencia ha sido totalmente determinante y es objeto de una contemplación detallada en el Capítulo quinto, tras la valoración de los métodos en presencia útiles para llevar a cabo esta función: Derecho uniforme o Ley Modelo, Derecho armonizado, soluciones de carácter conflictual o estándares mínimos, entre los que ofrece una singularidad especial un eventual Código mundial de la competencia. Volviendo a la OMC, se presta atención en el Capítulo a su consideración sobre

el Derecho de la competencia a través de su largo proceso constitutivo (partiendo de la Carta de La Habana y del GATT de 1947) y a lo largo de sus Acuerdos en los que los principios de trato nacional, nación más favorecida, transparencia y fomento de una competencia leal juegan un importante papel para diseñar futuros marcos reguladores y armonizadores. Unos principios que encuentran un cauce adecuado en varios de los Acuerdos y que ofrecen una especial entidad en relación con el ADPIC. La puesta en marcha de una iniciativa de este tipo ha de contar inevitablemente con un marco institucional adecuado que ha sido diseñado por el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, en la Conferencia Ministerial de Singapur (1986) y en los debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de competencia: la aproximación global.

El último capítulo de las tesis es coherente con su propio título y está dedicado al estudio a las políticas de promoción de la competencia en América Latina tras su apertura económica y su adopción progresiva del libre mercado; todo un largo camino hacia la inserción de un sistema de libre competencia cuyas manifestaciones, desde una perspectiva estatal, son particularmente explícitas en ciertos Estados (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Venezuela y, desde una perspectiva de cooperación internacional, a través de un creciente conglomerado de acuerdos comerciales fruto de nuevas estrategias para un nuevo regionalismo. Entre estos últimos se presta una especial atención a algunos modelos: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE UU y el Tratado de Libre Comercio entre EE UU, Centroamérica y la República Dominicana (DR-CAFTA). Pero la cooperación no agota en modo alguno las acciones emprendidas en esta área geográfica. Las distintas experiencias de integración económica no podían dejar al margen la ordenación de la política de competencia económica y en consecuencia resulta obligado prestar atención a las realizacio-

nes concretas realizadas en Mercado Común del Sur, en la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en la Comunidad del Caribe y Mercado Común (CARICOM) y en Mercado Común Centroamericano.

CAPÍTULO I

POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y ECONOMÍA DE MERCADO

I. Defensa de la competencia y exigencias de la economía general

1. Justificación de las políticas de competencia

A) Eficiencia de mercado y eficiencia económica

La competencia constituye, uno de los principios rectores de la economía de mercado, siendo, en el plano de las libertades individuales, la forma más importante en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. El concepto de economía de mercado reposa de manera esencial en la libre competencia⁴¹, que resulta de la competencia libre en el mercado de oferentes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo⁴². El concepto de libre competencia

⁴¹ H. Demsetz, *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 25.

⁴² C.J. Fernández-Carnicero González, “La libre competencia en España. Derecho europeo y economía de mercado”, *La Constitución española en el*

se aplica normalmente en un país y toma en cuenta tanto los bienes nacionales como los extranjeros. Esa es la razón que justifica la profunda interrelación entre las políticas de libre competencia y el libre comercio. El funcionamiento de los mercados competitivos⁴³ explica cómo y por qué se producen ciertos fenómenos de la vida económica (en este caso, cómo se forman los precios en un mercado en el cual cada oferente y cada demandante es relativamente pequeño en relación a la oferta y a la demanda totales). La competencia perfecta posee un aspecto relacionado a la economía normativa que manifiesta ciertas propiedades consideradas deseables que conducen a preferirla a otros tipos de estructura de mercado, ejemplo, al monopolio⁴⁴.

La primordial condición normativa que manifiesta la competencia en una multiplicidad de supuestos es la eficiencia económica⁴⁵. Se apunta que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin desmejorar el de alguna otra⁴⁶. La eficacia puede mostrarse esgrimiendo las ideas de

ordenamiento comunitario europeo (III), Ministerio de Justicia, XVIII Jornadas de Estudio, 1999, pp. 457–468.

⁴³ Entendemos por mercado el conjunto de normas que establecen la manera en la cual se producen las transacciones entre los oferentes y demandantes de un bien o servicio; y por mercado competitivo aquél donde que los bienes o servicios que los demandantes solicitan y que los oferentes ofrecen sean homogéneos.

⁴⁴ P. Schwartz Girón, “Competencia perfecta o libre competencia”, *Economía y Derecho ante el siglo XXI*, 2001, pp. 239–251.

⁴⁵ R. Méndez Reátegui, “La eficiencia económica en el Derecho administrativo. Contrastes entre el enfoque neoinstitucional y neoclásico”, *Revista Jurídica del Perú*, n° 84, 2008.

⁴⁶ “Una transacción económica voluntaria supone la existencia de un comprador que adquiere un producto por una cantidad igual o inferior al monto máximo que esta dispuesto a pagar por él. La diferencia entre el monto efectivamente desembolsado y el monto máximo que el consumidor estaría dispuesto a pagar se conoce como excedente del consumidor de esa transacción. El productor, por su parte, suministra un producto si el precio que percibe por él es igual o superior a su costo marginal, y esa diferencia se deno-

oferta y demanda, producidas en el mercado competitivo, y relacionarse con una situación en la cual la suma de los beneficios de los consumidores y de las empresas se hace máxima⁴⁷. Para ello es importante recordar que la demanda de los consumidores surge de igualar el precio con el valor marginal que los mismos le signan a cada unidad adicional consumida, y que la oferta de las empresas surge de igualar el precio con el costo marginal que tiene para ellas cada unidad adicional producida y vendida.

Una dimensión de importancia capital en el Derecho y en la política de la competencia consiste en determinar los límites al ejercicio del poder de mercado. El poder de mercado y la capacidad para fijar márgenes de precios por encima de los costes amnora con el número de empresas, pero imponer los equilibrios de las fuerzas competitivas puede generar duplicidad e infrautilización de los costes fijos y de las dimensiones eficientes. La economía define el poder de mercado de un agente económico como la capacidad que tiene el mismo de influir sobre los precios vigentes en un mercado⁴⁸. Dicho en otros términos, es la capacidad de una

mina excedente del productor de la transacción. La agregación de los excedentes de los consumidores y productores de todas las transacciones da lugar a la *suma total* de los excedentes de consumidores y productores en una determinada situación de mercado. Los economistas definen una determinada situación de mercado como eficiente si no hay ninguna otra manera en que puedan organizarse las transacciones en el mismo mercado para incrementar la suma total de los excedentes de productores y consumidores” (OMC: “Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia, WT/WGTCP/W/228, 19 de mayo de 2003, <http://docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/wt/wgtcp/w228-00.doc>, n° 16).

⁴⁷ Vid. A. Agafonow, “Los límites de la eficiencia económica en una sociedad democrática”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 9, n° 16, 2007, pp. 89–119.

⁴⁸ Por ejemplo en México la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) emplea el concepto de poder sustancial de mercado para señalar el poder monopólico de un agente económico en un mercado determinado. El concepto tiene un sentido más amplio que el meramente etimológico de monopolio. La Ley considera que un agente económico tiene poder sustancial de

única empresa o de varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un periodo sostenido de tiempo. Ese poder de mercado puede brotar tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, un agente económico puede poseer poder de mercado como vendedor o como comprador de un bien o servicio. La ausencia de poder de mercado implica en cambio que el agente en cuestión se comporta como, tomador de precios, que es el comportamiento que se supone que tienen tanto los oferentes como los demandantes en un mercado competitivo⁴⁹.

mercado cuando tiene la capacidad de decidir unilateralmente el precio o el abasto de un bien (o servicio), sin necesidad de ser el único productor del bien, para este efecto basta que ningún competidor tenga la capacidad de establecer un precio o abasto distinto que afecte las decisiones y resultados esperados por el agente con poder sustancial. M.E. Estavillo, “La eficiencia económica dentro de las reformas a la LFCE y sus Implicaciones para el Análisis Económico”, en J. Roldán X. y C. Mena L. (eds.), *Competencia Económica. Estudios de Derecho, Economía y Política*, México, Editorial Porrúa – Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007, pp. 71–90.

⁴⁹ El poder de mercado se ha definido en múltiples ocasiones y documentos. Por su relevancia teórica y práctica, una de las definiciones más extendidas y comúnmente citadas es la acuñada por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de los EE UU en sus evaluaciones de fusiones horizontales entre empresas. “Poder de mercado es la capacidad de una única empresa o de varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un periodo sostenido de tiempo”. La legislación española utiliza el concepto de “poder de dominio” en lugar del de “poder de mercado” para evaluar el comportamiento de las empresas que operan en sectores abiertos a la competencia. Según la Comisión de Defensa de la Competencia, la definición más veces citada de posición de dominio, por haber sentado jurisprudencia, es la que se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *United Brands vs Commission*, y que reza: “Es la situación de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado rele-

Históricamente se ha considerado en muchos países que la protección de la libertad económica y de los procesos competitivos, así como de la equidad en las relaciones económicas como uno de los objetivos de la política de competencia⁵⁰. Dicha política conduce a las empresas a mejorar continuamente su eficiencia, que es una condición indispensable para una mejora constante en el nivel de vida⁵¹. El proceso competitivo proporciona en muchas circunstancias un sistema de incentivos que impele a las empresas privadas a comportarse en formas por lo general consistentes con la asignación eficiente de recursos. Pero tales condiciones no siempre se presentan, y las fuerzas de la competencia son inevitablemente débiles o inexistentes en algunos sectores, sobre todo industriales. Existe entonces la necesidad de una política reguladora que influya en el comportamiento del sector privado, estableciendo un sistema de incentivos apropiado para guiar o restringir las decisiones económicas⁵².

Hay un creciente reconocimiento de la importancia de la competencia para el éxito de los mercados y de la necesidad de la ac-

vante al poder comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes, y en última instancia de los consumidores”.

⁵⁰ “Aunque en los últimos 100 años se han asignado muchos objetivos a la política de competencia, destacan algunas cuestiones importantes. El objetivo más corrientemente citado es el de mantenimiento del proceso competitivo o de la libre competencia, o de protección o promoción de la competencia efectiva, que se considera sinónimo de eliminar o prevenir restricciones injustificadas de la competencia. Otros objetivos conexos son la libertad de comercio, la libertad de elección, y el acceso a los mercados. En algunos países, como Alemania, la libertad de acción individual se considera como el equivalente económico de un sistema constitucional más democrático. En Francia se pone el acento en la política de competencia como medio de garantizar la libertad económica, es decir, la libertad de competir” (cf. Banco Mundial y OCDE, “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, París, 1997, p. 2.)

⁵¹ L. Cabral, *Economía industrial*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 174.

⁵² J. Vickers y G. Yarrow, *Un análisis económico de la privatización*, México, FCE, 1994.

ción gubernamental, ambas para mantener la competencia y regular las industrias donde la competencia se mantiene limitada. Las políticas de competencia y de regulación son vitales para una economía de mercado⁵³. La regulación se puede llevar a cabo controlando precios, emitiendo algunas prohibiciones o restricciones sobre las empresas o bien mediante la existencia de empresas de propiedad pública, en estos casos se dice que la regulación es directa. No obstante, también, existen regulaciones indirectas tales como, los subsidios; los impuestos; las transferencias; las franquicias⁵⁴; las concesiones; las licencias y los permisos. Además, debe considerarse el establecimiento de estándares de calidad y desempeño.

La política de competencia ha sido considerada una de las principales áreas entre las políticas económicas de las modernas economías de mercado⁵⁵. Dicha política puede dirigirse tanto contra las prácticas anticompetitivas privadas como contra las medidas o instrumentos públicos que afectan a la situación de la competencia en los mercados. Por ejemplo, los obstáculos al comercio o a la inversión extranjera y los requisitos de obtención de licencias, entre otras medidas, pueden influir en la intensidad de las presiones competitivas en los mercados, por lo que muchos investigadores las consideran objetivos adecuados de la política de la competencia.

En términos generales consiste en la prohibición del abuso de poder de mercado por parte de empresas monopolistas o dominantes y en la valoración de las peticiones de fusiones o adquisiciones. La importancia de la política de competencia radica en que

⁵³ F. Ramírez Hernández, *La política de competencia y el proceso de regulación en México (1993–1999)*, México, 2007.

⁵⁴ S. García Vázquez, “La franquicia y el Derecho de la competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 113–140.

⁵⁵ M. Marques Mendes, *Antitrust in a World of Interrelated Economies*, Université de Bruxelles, 1991.

pretende garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público siendo asimismo compatible con otras leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado. Por ello, la defensa de la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos⁵⁶.

B) Política comercial y política de competencia

El diseño de la política de competencia es establecer condiciones que admitan e incentiven la existencia de circunstancias competitivas en los mercados; una política de competencia debe poner énfasis en la igualdad de trato en la entrada y salida de todos los participantes, en caso de que esto no sea posible entonces es importante un marco de regulación que defina claramente los derechos de propiedad⁵⁷. El objetivo final de la regulación y de la política de competencia es lograr una mejoría en el nivel de bienestar de la sociedad al incrementar la competencia y con ello disminuir precios, brindar mayor calidad y mayores posibilidades de elección a los consumidores. Sin embargo, en la realidad la instrumentación de tales políticas se ve influida y distorsionada por factores de carácter político y social. Por ello, resulta pertinente

⁵⁶ A.E. Rodríguez, *The Limits of Competition Policy: the Shortcoming of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.

⁵⁷ S. Pueyo Abardía y M.A. Díaz Mier, “Política comercial y política de competencia en el sistema comercial mundial”, *Análisis Económico*, nº 39, vol. XVIII, tercer cuatrimestre de 2003, pp. 5 ss.

conocer cuáles son los beneficios y los costos de aplicar dichas las políticas⁵⁸.

Durante décadas los países de América Latina adoptaron políticas caracterizadas por el proteccionismo, la sustitución de importaciones, el control de precios, las prácticas monopolísticas gubernamentales y la propiedad por parte del Estado de una amplia gama de industrias y servicios. A través de medio siglo, los gobiernos y el sector privado aprendieron a organizarse y a actuar dentro de un conjunto de reglas que garantizaban, a los empresarios, la protección contra la competencia extranjera y rivales locales, y al gobierno, el poder centralizado para asignar y distribuir recursos.

En los años ochenta la modalidad de desarrollo latinoamericano que había imperado durante las décadas anteriores entró en crisis. Sin embargo, esto no fue un hecho estrictamente regional, ya que se enmarcó en una transformación de la modalidad de desarrollo a nivel mundial. Las características del crecimiento y desarrollo de las décadas previas a los años ochenta y los factores que contribuyeron a poner fin a sus históricamente extraordinarios dinamismos, han sido analizados detalladamente en muchos trabajos. Resulta mucho menos despejado cuáles serían las características de la nueva modalidad de desarrollo, tanto a nivel global como para la región latinoamericana.

Predominó en una primera fase una visión que ponía énfasis en la necesidad de desregular los mercados porque las regulaciones previamente existentes se volvieron ineficientes e ineficaces en el nuevo contexto de la economía global, o por el convencimiento de que el intervencionismo como tal afectaba negativamente al crecimiento y al desarrollo. Sin embargo, una serie de crisis nacionales y, desde el segundo semestre de 1997, la crisis asiática y los

⁵⁸ *Vid.*, por todos, M.M. Dabbah, *International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

acontecimientos siguientes en otras regiones y a nivel global, han reforzado la discusión sobre la necesidad de una regulación adecuada por sobre los beneficios de la desregulación⁵⁹.

Los países latinoamericanos emprendieron su transición hacia una economía menos controlada cuando algunos países del cono sur emprendieron sus programas de liberalización con cierto éxito, mas a principios de la década de los años ochenta, la mayoría de los países tuvieron que reaccionar ante la crisis de la deuda liberando su economía. Para principios de los noventa, todos habían iniciado las reformas estructurales, reduciendo las barreras comerciales, privatizando empresas del Estado, desregulando la economía y promoviendo la competencia; sentando, con ello, las bases para el desarrollo de la economía de mercado⁶⁰.

Debido a la larga historia de proteccionismo que ha caracterizado la estrategia económica de la región, la promoción de la competencia en estos países se convierte en una tarea mucho más amplia y compleja que la simple aplicación de una ley antimonopolio⁶¹. Todavía hace apenas veinte años, los países llamados emergentes, muchos de ellos de América Latina, permanecían envueltos en crisis macroeconómicas, con economías cerradas al

⁵⁹ FMI: *World Economic Outlook: Interim Assessment*, diciembre de 1997. Se trataba de una economía que se había inflado con grandes inversiones externas, atraídas por la mano barata y la especulación sobre las propiedades inmobiliarias, mas este mismo capital vino a significar un aumento insostenible de las presiones inflacionarias. La paridad monetaria se había construido sobre bases ficticias y se había practicado una política vinculada a la especulación de la propiedad inmueble. Por si esto fuera poco, el endeudamiento externo había crecido inusitadamente.

⁶⁰ M.J. Botana Agra, “Crisis económica y Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10, 1984–1985, pp. 185–208.

⁶¹ *Vid.* Coate, Bustamante & Rodríguez “Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business”, *Inter-American Law Review*, vol. 24, 1992, pp. 44 ss.

comercio e inversión internacionales, con baja competencia y productos y servicios públicos insatisfactorios para los consumidores. El papel de las agrupaciones de consumidores, productores y aún de derechos humanos, era casi inexistente⁶².

En los comienzos del siglo XXI, todos los anteriores equilibrios económicos y de derechos son diferentes. Han surgido economías abiertas, gobiernos que han redefinido su papel así como su dimensión, reestructuración económica de la producción y el consumo, y sociedades latinoamericanas que intentan vivir en democracia. Lo anterior influye en los derechos de propiedad de sociedades, así como la dinámica de relación económica entre productores, entre éstos y el consumo y entre todos ellos y el gobierno. La presión o si se quiere, el reto, ha sido, entre otros, la necesidad de mejorar el ámbito de las regulaciones.

Se dice que a medida que las políticas comerciales nacionales eliminan la intervención gubernamental; se reducen las medidas discriminatorias que favorecen a algunos individuos en detrimento de otros y se suprimen las políticas de importación y exportación basadas en subsidios o cuotas a favor de determinadas empresas (estatales o privadas) o sectores económicos, se generan más oportunidades de comercio, por consiguiente una mayor competencia, lo que debe llevar a un mayor crecimiento tanto del país como del comercio mundial.

El establecimiento de un marco adecuado para la libre competencia entre las empresas en los mercados depende esencialmente de cuatro tipos de políticas: la liberalización, la desregulación, la

⁶² J. Drexler, "Le droit de la concurrence internationale, menace ou gardien des droits de l'homme?", *Droit économique et droits de l'homme*, L. Boy, J.B. Racine y F. Siiriainen (eds.), Bruselas, Larcier, 2009, pp. 335–359.

defensa de la competencia y la privatización⁶³. La desregulación de los mercados internos y el establecimiento de normas que no discriminen a las empresas extranjeras a favor de las nacionales. La política de competencia consiste en un conjunto de reglas y acciones emanadas del Estado, que tienen el propósito de asegurar la participación e ingreso de nuevas empresas a los mercados de bienes y servicios y la permanencia de aquéllas que producen con eficiencia⁶⁴. Para ello, restringen las decisiones de autoridades gubernamentales que limitan la competencia y controlan las conductas anticompetitivas de los agentes económicos que gozan de posiciones de privilegio en el mercado.

Desde un punto de vista más riguroso, se atribuye a la política de competencia el carácter de instrumento para la asignación eficiente de los recursos productivos en las economías orientadas por los principios del libre mercado. En otras palabras, sirve para garantizar que los recursos productivos de una economía contribuyan a aumentar el nivel de actividad económica –producir más y mejores bienes y servicios, a mejor precio– y no para engrosar las rentas de un productor monopólico u oligopólico. Una política de competencia debe tener, a grandes rasgos, dos áreas de actividad, ambas indispensables y complementarias: por una parte, el control coercitivo de las conductas abusivas de los agentes económicos, lo

⁶³ R. del Villar y F.J. Soto Álvarez, “Logros y dificultades de la política de competencia económica en México”, *Información Comercial Española*, n° 821, 2005, pp. 107–124.

⁶⁴ De acuerdo al Banco Mundial, se entiende por una política de competencia el conjunto de tomadas en cuenta e implementadas en un país, que afectan la competencia o la potencial competencia en un mercado, incluyendo medidas comerciales y regulatorias, así como normas legales que regulen prácticas anti-competitivas. Más aún, se refiere a toda ley, norma, reglamento o política adoptada por un país para prevenir o remediar prácticas restrictivas de comercio por parte de las entidades públicas o privadas. Banco Mundial: *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington, D.C., 2003.

que constituye su faceta más conocida y debatida de las políticas de competencia que aplican varias decenas de países alrededor del Mundo; por otra, el control y contención del poder estatal cuando éste favorece la actividad de los monopolios y las prácticas restrictivas del comercio.

La política comercial y la política de competencia son coherentes entre sí con respecto a sus objetivos. Ambas persiguen el aumento de la competencia y pueden considerarse coherentes en el sentido de que ambas pueden utilizarse para lograr el objetivo de hacer más competitivos los mercados internos: la política comercial es la que abre los mercados a los suministros y los proveedores extranjeros y la política de competencia crea un clima conducente a mercados más abiertos⁶⁵.

No obstante, presentan importantes diferencias, ya que la política comercial está relacionada con medidas gubernamentales en tanto que la política de competencia se centra en el comportamiento de las empresas. Sin embargo, puede considerarse que la política comercial en pro de la competencia y la política de competencia se refuerzan mutuamente, ya que la segunda aumenta la competencia suprimiendo los obstáculos al comercio impuestos por los gobiernos y la primera lo hace restringiendo el comportamiento anticompetitivo de las empresas.

Como, en algunos casos, el comportamiento anticompetitivo de las empresas privadas es consecuencia de la existencia de obstáculos oficiales al comercio y no se mantendría de no existir esas medidas, la liberalización del comercio apoya el logro de los objetivos de la política de competencia⁶⁶. Además en la política de

⁶⁵ E. Hope y P. Maeleng, *Competition and Trade Policies: Coherence or Conflict?*, Londres Nueva York, Routledge Studies in the Modern World Economy, 1998.

⁶⁶ B. Sweeney, "International Competition Law and Policy: A Work in Progress", *Melb.J. Int'l. L.*, vol. 10, n° 1, 2009, pp. 58–68.

competencia predomina la orientación hacia los intereses de los consumidores, las políticas comerciales en contraposición a la política de liberalización del comercio se orientan hacia los intereses de los productores.

Además, la política de competencia se centra más en la protección de la competencia, en tanto que las medidas comerciales protegen a los competidores. Sin embargo, el aumento de la competencia no constituye un objetivo *per se*; ella tiende a orientar los recursos a usos más productivos y al hacerlo, debe aumentar el bienestar económico nacional. Así pues, se considera que los tipos de políticas comerciales y políticas de competencia que aumentan la competencia en el mercado comparten el objetivo final de permitir una asignación de los recursos más eficiente que eleve al máximo este bienestar.

Las políticas de competencia constituyen un elemento fundamental de las economías de mercado y de los sistemas jurídicos de muchos Miembros de la OMC; apoyan la competitividad de las ramas de producción, protegen tanto el derecho de cada empresa a competir como el de los consumidores a comprar a los precios más bajos. Esto podría redundar en beneficio del conjunto de la sociedad.

El acogimiento de normas nacionales en materia de competencia es útil para hacer frente a prácticas anticompetitivas que se apliquen únicamente en un mercado nacional pero que correspondan a empresas que operen desde terceros países. Es este ámbito de las políticas de competencia el que adquiere una nueva dimensión con la aparición de la OMC. Sin embargo no todo es virtuosismo y bonanza en este proceso. La gran duda que atañe a todos es si los países en vías de desarrollo podrán participar en condiciones equitativas en este banquete que promete la teoría de la libre competencia, que parte de eliminar todas las medidas concebidas para proteger sus empresas nacionales y su soberanía. Como primer requisito para que estos países puedan explotar las posibi-

lidades de la competencia, teniendo en cuenta la inevitabilidad de adaptarse a las nuevas condiciones, deben contar con: una legislación en materia de competencia, una institución rectora de estos principios y todo ello sobre la base de una política propia de competencia, elaborada en función de los intereses nacionales y en el marco de una estrategia de desarrollo a medio o largo plazo.

Una política de competencia es apropiada para eliminar los obstáculos a la capacidad empresarial doméstica que a la larga perjudican la competitividad internacional de los países en desarrollo⁶⁷. El daño producto de la ausencia de reglas de mercado competitivas en un país cualquiera se aprecia en la existencia de numerosos obstáculos al comercio y la inversión, que limita las posibilidades de penetración de mercado a pequeñas y medianas empresas. Naturalmente, esto perjudica la competencia al limitar la cantidad de posibles competidores, elevan la concentración industrial y comercial de la economía y naturalmente, le restan capacidad competitiva⁶⁸.

Como consecuencia de la debilidad institucional en el diseño de las normas que regulan el comercio nacional e internacional, y de la orientación de las políticas industriales al fomento de empresas o sectores particulares mediante subsidios y tasas preferenciales, las empresas de los países en desarrollo frecuentemente en-

⁶⁷ La expresión “competitividad internacional” se popularizó a principios de la década de los ’80. Con anterioridad era un término técnico empleado sólo en estudios sobre desempeño exportador, regímenes cambiarios u otros aspectos del comercio exterior.

⁶⁸ No es unánime esta posición y existen en contra de la regulación pro-competencia una serie de planteamientos centrados en las ideas de que el progreso económico y las innovaciones se pueden realizar en industrias altamente concentradas, que la innovación continua conduce a tecnologías para producir productos sustitutivos y que esto es posible exclusivamente en base a la existencia de monopolios estables *vid.* la obra de J. Shumpeter, publicada en 1942, versión española: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Folio, 1996

frentan elevados costos operativos, así como innecesarios costos transaccionales. Ello propicia la salida del mercado de empresas que de otro modo podrían competir, fomentando el comercio informal o simplemente, ha propiciado el comportamiento irregular de las empresas, que encuentran incentivos económicos en la violación a las normas que imponen costos y restricciones al comercio, como es el caso del contrabando comercial.

2. Regulación interna e internacional de la libre competencia

A) Características de la regulación

La legislación sobre competencia (o antitrust) fija las normas que han de regir la rivalidad competitiva y comprende un conjunto de directrices que limitan las estrategias a las que pueden recurrir las empresas⁶⁹ y se entiende por tal el “conjunto de normas y disciplinas establecidas por los gobiernos en relación con los acuerdos entre empresas para restringir la competencia o el abuso de posición dominante (incluidos los intentos de alcanzar una posición dominante por medio de fusiones)”⁷⁰. En la hora actual existen más de 70 países (muchos de los cuales de América Latina y el Caribe) que han adoptado una normativa en materia de competencia; en la mayoría de los países en desarrollo, se trata de reformas implantadas últimamente, en el marco de las políticas de apertura. Esto indica que existe una conciencia generalizada de que la apertura económica y comercial precisa, mediante la competencia, un mecanismo de seguridad para evitar abusos. De ahí la importancia de que todos los Estados, en particular los en desarrollo, se adap-

⁶⁹ D.B. Audretsch, W.J. Baumol, y A.E. Burke, “Competition Policy in Dynamic Markets”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, pp. 613–634.

⁷⁰ B. Hoekman y P. Holmes, “Competition Policy, Developing Countries and the WTO,” *The World Economy*, vol. 22, 1999, pp. 875–893.

ten no sólo con sus marcos legales sino también con las instituciones nacionales encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de competencia.

Tres son los postulados que deben dominar esta materia

i) El organismo garante de la política de competencia debería ser independiente y imparcial de interferencias políticas y presupuestarias; evidentemente, tal organismo debería responder ante el órgano parlamentario correspondiente.

ii) Las normas de competencia deberían distinguir entre actividades de investigación, de proceso y de decisión; los procedimientos deberían basarse en verificaciones de información e incluir derechos de apelación, de revisión de las decisiones, un tratamiento confidencial de la información empresarial así como basarse en la transparencia; los procedimientos y las resoluciones habrían de ser lo más rápidas posibles para evitar costes de transacción innecesarios.

iii) Por último, para producir efectos disuasorios, la aplicación de las normas tendría que permitir penalizaciones de importancia y diferentes órdenes de medidas y finalmente habría de incrementarse un mejor acceso a la aplicación de las normas de competencia mediante procedimientos que permitan su estudio por parte de centros docentes y por los interesados.

Esta multiplicación de las reglamentaciones nacionales en materia de libre competencia se justifican por una serie de razones

i) La primera razón es, desde luego, el desplome de los sistemas comunistas y socialistas, así como la victoria de la economía de mercado casi en todo el mundo. De esta suerte, el Derecho de la competencia queda ligado a una organización descentralizada de la economía. Sin embargo aún no es una razón suficiente: nu-

merosos Estados, en principio basados en una economía de mercado, durante mucho tiempo no se equiparon con unas normas de competencia económica, por lo menos no de una legislación muy eficaz.

ii) El segundo factor tiene su origen en un cambio del concepto de la economía de mercado. Las reglas sobre el mantenimiento de la competencia constituyen una componente indispensable de una economía de mercado. Esta no concede a los actores una libertad absoluta, pero sí una libertad ordenada. Un orden jurídico que soporta comportamientos anticompetitivos, que no previene sanciones suficientemente fuertes en caso de infracción, lleva a consecuencia costos sociales que los consumidores deben pagar, y lleva a un rendimiento económico subóptimo. La puesta en valor de la política de la competencia era tanto más importante que el proceso de desregulación y de privatización en la Europa de los años 1980 había considerablemente intensificado las relaciones competitivas. Una legislación sobre la competencia servía como corolario de dicha extensión del dominio del mercado.

iii) Una tercera razón se refiere a las relaciones Norte–Sur: como el Derecho de la competencia se refiere a impedir abusos de poder económico, un país en desarrollo puede servirse de él para controlar el comportamiento de las sociedades transnacionales activas en su territorio. Dicha motivación era también al origen de la inserción de reglas antitrust en el acuerdo sobre la propiedad intelectual de la OMC. Los países en desarrollo tomaron dicha iniciativa para proveerse de un instrumento de vigilancia sobre los derechos exclusivos, como las patentes, las marcas⁷¹ y los derechos de autor. Dicho contexto muestra que el derecho de la competencia

⁷¹ C. Prat, “Marcas y Derecho de la competencia: una perspectiva quizás práctica”, *Anuario de competencia*, 2001, pp. 387–426.

es la materia en que la tradición antitrust de los países industrializados encuentra los intereses de los países en desarrollo.

El tema regulatorio en los últimos diez o quince años ha sido una de las áreas de mayor interés en el Derecho económico internacional. Cuando una economía estatal se desarrolla y se vuelve más compleja, su funcionamiento exige un menor número de normas y una mayor sencillez (es decir el número de transacciones que se realizan en una economía van en ascenso). A través de ellas es viable formar las condiciones óptimas para el desarrollo de las actividades productivas eliminando todas aquellas dificultades regulatoras que dificultan o impiden su funcionamiento y eficiencia. Para conseguirlo, es ineludible cometer una revisión a fondo de las disposiciones jurídicas que, sin razón actual y justificada, estorben el surgimiento de iniciativas y el esparcimiento de las capacidades potenciales de los sectores económicos.

Ello requiere una mayor responsabilidad de los agentes económicos para proporcionar a los productos o servicios, una calidad adecuada y precio competitivo. Punto central ha sido proponer análisis, metodologías y técnicas alrededor de la conducta de los mercados; el establecimiento y dinámica de precios (de donde han aparecido nuevas teorías de subastas); la adjudicación y las garantías de derechos de propiedad (toda una nueva teoría de contratos imperfectos); la regulación y los procesos de privatización; los costos de transacción o fricciones de la relación de mercados. Sin embargo, poco se ha desarrollado sobre la manera en que se forman los reguladores en países emergentes; costos de la institucionalidad de los reguladores en nuestros países; y cómo la apertura de mercados se interrelaciona con la redefinición de los gobiernos y cómo condiciona la modernización de los mismos y dentro de ellos, los reguladores.

El Derecho antitrust americano nació desde el final del siglo XIX, en un periodo en que la economía de mercado tomó en los EE UU un desarrollo fulgurante y en que los poderes económicos

empezaron a substituirse a los poderes políticos. En Europa, solo fue hasta medio siglo más tarde, después de la segunda guerra mundial que, frente a la necesidad de contener los inconvenientes de la economía liberal, el derecho de las prácticas anticompetitivas tomó una forma evolucionada, en especial en Alemania Federal y en el Tratado de Roma. Nadie niega hoy día la influencia que ejerció el Derecho americano sobre los redactores del Tratado de la CEE⁷².

En los EE UU, la casi totalidad de los Estados federados disponen hoy día de leyes particulares, que coexisten con el Derecho federal. El ámbito de las legislaciones propias de dichos Estados cubre las actividades que afectan su comercio interno. Aunque los derechos de los distintos Estados se aparentan al derecho federal, ciertos conflictos son susceptibles de aparecer. En ese caso, la constitución de los EE UU que da preferencia a las leyes federales, estas ganan. Así, si una actividad se considera como regular por las leyes federales, una ley de un Estado no puede aplicarse para declarar dicha actividad ilegal.

La política europea de la competencia permite evitar eventuales alianzas y prácticas anticompetitivas, por parte de las sociedades o de las autoridades nacionales, obstaculicen una sana dinámica de competencia (alianzas y prácticas concertadas)⁷³. Busca evitar que una o varias empresas exploten de manera abusiva su poder económico frente a empresas menos fuertes (abuso de posición dominante). Además, la política europea de la competencia debe impedir que los gobiernos de los Estados miembros falsifiquen las reglas del juego de la competencia (ayudas del Estado).

⁷² J. Pascual y Vicente, “Resumen de fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 224, 2003, pp. 10–31.

⁷³ M. Monti, “La nueva política europea de la competencia”, *Política Exterior*, vol. 14, n° 75, 2000, pp. 127–138.

El modelo de la CE se caracteriza por una integración netamente más grande de la política de competencia y de los objetivos de mayor alcance de la política económica que el régimen americano. Desde la creación de la CE, la política de competencia ha sido utilizada de manera deliberada para favorecer la integración del mercado europeo. En el marco de las medidas recientes para terminar la integración del mercado interno, se volvió tanto más importante asignarse una política de competencia común y eficaz para realizar la unificación del mercado. La evolución de la política de competencia de la CE, como instrumento de la unificación del mercado, ha incluido tanto inconvenientes como ventajas. Dio lugar, en especial, a la elaboración de reglas de fondo que parecen incompatibles, en ciertos puntos, con el principio de la eficiencia de los mercados generalmente adoptado en América del Norte.

B) Necesidad de una regulación internacional

El desarrollo del comercio internacional, por regla general, puede ser considerado como un estímulo para la competencia. Sin embargo, puede llegar a propiciar conductas que distorsionan el mercado interno. En efecto, es frecuente que se organicen carteles internacionales para llevar a cabo acuerdos que, normalmente, serían considerados como una práctica restrictiva de la competencia. Esta situación se ve favorecida debido a que, muchas veces, por tener el carácter de internacionales, tales conductas quedan excluidas del ámbito de aplicación de las normas de los países afectados⁷⁴.

Las reglas de competencia económica tienen el propósito de limitar la acción de los monopolios, basándose en la idea de que éstos producen efectos perniciosos sobre la economía, particular-

⁷⁴ J.R. Shelton, "Competition Policy: What Chance for International Rules?", *Anuario de competencia*, 1998, pp. 567-580.

mente la extracción agresiva del excedente del consumidor. En sentido positivo, las reglas de competencia garantizan la asignación eficiente de los recursos productivos en una economía de libre mercado, eficiencia que está ligada a la idea de que los bienes y servicios sean ofrecidos a todos los agentes económicos en condiciones de amplia variedad de oferentes, precio de equilibrio de mercado y calidad adecuada⁷⁵. En definitiva, una economía de mercados muy concentrados, con pocos oferentes, es una economía menos eficiente, pues los agentes económicos pagan rentas de monopolio en los bienes y servicios que consumen y ven mermaidas las posibilidades de ahorrar, invertir en nuevas actividades productivas o consumir en otros mercados. Precisamente, los inconvenientes resultados de la actuación de los monopolios, es lo que justifica las reglas de competencia.

Las reglas de competencia tienen tres manifestaciones: regulación de monopolios naturales, política antimonopolio y política de fusiones. Las tres deben ser contempladas, por inclusión o exclusión, en cualquier legislación o política de competencia que se ejecute.

El tema de la regulación de los monopolios naturales de servicio público ha sido siempre de amplia y compleja discusión académica desde los inicios de la ciencia económica⁷⁶. Por su parte, los servicios públicos de agua potable, electricidad y telefonía representan una necesidad básica para la población de cualquier país del mundo moderno dada su notable importancia en el nivel y ca-

⁷⁵ F. Sánchez Ugarte, *La política de competencia en el desarrollo económico*, Serie Documentos de la Comisión Federal de Competencia, México, 2002.

⁷⁶ Vid. por todos L. Parejo Alfonso, “Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 51–68.

lidad de vida de las personas⁷⁷. Por estos motivos, la regulación y la administración de las empresas que proveen dichos servicios también han sido objeto de gran debate político y social. En efecto el Estado no posee ni los medios económicos, ni la capacidad para llevar a cabo, él solo, las modernizaciones en servicios públicos que el desarrollo contemporáneo exige, por lo que el capital privado se presenta como la única salida. Más allá de algunos argumentos nacionalistas que pretenden afirmar que el Estado sí es capaz de financiar proyectos de desarrollo mediante la emisión de bonos, lo cierto y tangible es que el Estado debe velar por invertir en una gran gama de sectores cuyas exigencias incluso a veces lo sobrepasan (calidad mínima en servicios de salud, ineficiencia económica en general del sector público, inversión en educación, seguridad, etc.), por lo que delegar la inversión en manos privadas es perfectamente aconsejable⁷⁸.

A escala nacional, corresponde a las autoridades encargadas de la legislación de competencia determinar si la fusión es una práctica desleal, dañina para el buen funcionamiento del mercado, o si los criterios de eficiencia son suficientes, desde el punto de vista del desarrollo económico nacional, para justificarla. Sin embargo, a nivel internacional, surge la cuestión de quién y con cuáles criterios podría decidir sobre la materia. La pregunta se plantea no sólo en la eventualidad –aún muy remota de que haya algún día algún tipo de autoridad multilateral en materia de competencia, sino en

⁷⁷ M.A. Lasheras, *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

⁷⁸ Como pusiera de relieve R. Dromi, “El Estado contemporáneo debe ser orientador en el sentido de ejercer la conducción política de la sociedad para lograr el bien común, fiscalizador para compatibilizar y armonizar los derechos en pro de la convivencia social, protector para amparar y defender los derechos e intereses de la comunidad, y regulador ajustando el desenvolvimiento de los grupos sociales a principios y reglas ordenadoras”. Cf. R. Dromi, *Competencia y Monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 11.

la eventualidad más factible de que haya una normativa multilateral, por ejemplo, en el marco de la OMC. La evolución de las relaciones económicas internacionales pone de manifiesto la existencia de numerosas razones que militan a favor de la sumisión de las empresas, que operan a nivel internacional, a un orden de regulación de la competencia concebida a escala mundial. La necesidad de una reglamentación internacional de la competencia se hizo sentir muy particularmente con la notable extensión del comercio internacional, estos últimos años en razón de la progresión paralela de la liberación de los intercambios y de la globalización. Casi un centenar de Estados y de comunidades de Estados en el mundo disponen hoy día de un Derecho de la competencia, así como de autoridades de vigilancia, de las cuales más de sesenta también han igualmente colocado un control de las concentraciones en la mayoría con una obligación de notificación previa⁷⁹. En caso de transacciones fronterizas, los distintos códigos de la competencia pueden entrar en conflicto los unos con los otros. Dicha tendencia queda reforzada por el reconocimiento, casi universal, del principio del efecto: un derecho nacional de la competencia es aplicable

⁷⁹ Con frecuencia una determinada operación de concentración, tal y como se entiende este concepto en Derecho de la competencia, se lleva a cabo a través de distintos actos jurídicos, y ello a pesar de que desde la perspectiva de las partes se trate de un único proyecto, de una única operación. En estos casos, mantener a efectos de la aplicación de las normas de control de concentraciones la distinción de los distintos actos jurídicos a través de los que se instrumenta la operación no sólo puede resultar artificial, sino que podrá llegar a tener consecuencias sobre la eficacia del control de las operaciones por las autoridades competentes e incluso suponer un problema desde la perspectiva de la seguridad jurídica. En ausencia de una regulación clara de esta cuestión, los requisitos que un conjunto de transacciones vinculadas han de cumplir para poder ser consideradas unitariamente deberán extraerse de la práctica de la Comisión Europea y las autoridades nacionales. *Vid.* P. Goicoechea, “El tratamiento de las transacciones interrelacionadas en el marco de control de concentraciones”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 246, 2006, pp. 53–62.

tan pronto como el comportamiento en cuestión produce efectos en el comercio de ese país.

Como los actos de una sociedad multinacional pueden tener efectos en cualquier parte del mundo, la teoría de los efectos pone en marcha la aplicabilidad simultánea de distintas legislaciones nacionales, que no conducen a la fuerza a soluciones conciliables. Por lo tanto el peligro de las decisiones administrativas divergentes existe. Según la dimensión de la transacción, las soluciones discordantes pueden llevar a serias irritaciones políticas, que pueden ir hasta sanciones económicas o a guerras comerciales.

Entre las prácticas restrictivas de las empresas que distorsionan la competencia a escala internacional pueden clasificarse, muy sumariamente, tres.

i) las prácticas que restringen las importaciones (sobre todo los carteles de importación), los monopolios o las empresas que tienen privilegios en el mercado interno, incluyendo las compras que hace el Estado⁸⁰;

ii) las empresas que buscan tener un poder de mercado en las operaciones de exportación (carteles de exportación) y las que tienen prácticas de fijación de precios (subsidios directos o cruzados, dumping, etc.).

iii) las prácticas de las empresas extranjeras que operan en un país y que pueden distorsionar la competencia en ese mercado.

⁸⁰ *V.gr.* en junio de 2012 la UE ha denunciado a Argentina ante la OMC por su sistema de restricciones a la importación de productos foráneos, como la exigencia de licencias

Junto a las prácticas de las empresas, todas las medidas comerciales diseñadas para proteger a la industria nacional, por definición, distorsionan la competencia: desde los aranceles y las barreras para-arancelarias (muy reducidos después de los acuerdos de la Ronda Uruguay), hasta las subvenciones a las exportaciones y las medidas antidumping (aún muy aplicadas, en una variedad de modalidades, por los países industrializados más que por los países en desarrollo).

La supresión de estrategias gubernamentales intervencionistas implanta lucidez en la relación entre el Estado y el sector privado, tanto nacional como extranjero. Se eclipsan las relaciones “especiales” (e incluso el tráfico de influencias) que se podían crear entre un gobierno y un grupo empresarial, por ejemplo, merced al otorgamiento de subsidios a la producción o a la exportación, o de créditos en condiciones favorables. Al igualar los actores económicos de adentro y de afuera, el Estado ya no puede brindar “favores” a determinados grupos o empresas.

3. Supervisión de la libre competencia

A) Papel de las autoridades de competencia

El convencimiento de la necesidad de una política de defensa de la competencia es, como es lógico, más nueva en los países en vías de desarrollo que en aquellos ya desarrollados. La globalización de las economías nacionales obligó a la aparición de leyes de defensa de la competencia en aquellos países que no contaban con ellas, y a la adaptación y modernización en aquellos que si bien las tenían no se acomodaban a la nueva situación económica, identificada por un hondo proceso de concentración económica.

Al configurarse el Derecho de la competencia como un instrumento dirigido a garantizar la asignación óptima de los recursos en beneficio de las empresas y de los consumidores, actúa como factor del desarrollo económico, al prohibir conductas cuyo obje-

tivo es aumentar los precios o frenar la innovación, bien a través de una explotación abusiva que incide negativamente en la relación calidad–precio de un producto, o bien a través de prácticas de exclusión. Por eso incumbe a las autoridades de la competencia la misión de hacer una aplicación previsible y comprensible de este Derecho⁸¹. Las autoridades en materia de competencia son agencias especializadas, cuyo personal han de ser expertos en asuntos de competencia que están habituados a identificar problemas de competencia en un mercado⁸². Ello hace que, en principio, estas autoridades demuestren ser más eficaces y más eficientes identificando los problemas de competencia que otros funcionarios gubernamentales cuya experiencia reside en otras áreas de actuación.

Por otra parte, las autoridades en materia de competencia en una primera etapa tras su creación adoptan con frecuencia un programa de acción pragmático, que gira en torno en un primer momento, en la sencillez de la aplicación de cárteles y esfuerzos de promoción más básicos dirigidos a, por ejemplo, la educación e información sobre el derecho de la competencia. Con posterioridad y a medida que se desarrolla la experiencia, también se aborda el análisis de fusiones y los acuerdos verticales, mientras que se intentan esfuerzos de promoción dirigidos a los sectores regulados

⁸¹ F. Jenny, “Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, n° 61, 2006, pp. 40–55.

⁸² La instauración de los primeros órganos de defensa de la competencia comenzó en los EE UU con la creación de las *independent commissions* de los Estados federados que fueron al principio unas comisiones parlamentarias ad hoc creadas para regular el sector del ferrocarril: los problemas sociales que surgieron por los precios elevados del ferrocarril y la corrupción política fueron las principales razones de la creación de estas instituciones (A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the United States of America*, 2ª ed. ed., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1970, pp. 11 ss).

solo una vez que la autoridad ha alcanzado madurez y nivel de complejidad en su función sofisticación en su trabajo⁸³.

Ciertamente, la autoridad en materia de competencia continúa siendo una parte del aparato estatal y, en consecuencia, sus opiniones puede influenciar mucho más al gobierno que los comentarios promovidos por agencias o actores no estatales. Además, la autoridad en materia de competencia está mejor situada que los actores no estatales para establecer mecanismos de comunicación formal con otras agencias gubernamentales, que pueden permitirle llevar a cabo su función de promoción de la manera más específica y efectiva. No obstante, en gran parte de los sistemas la autoridad en materia de competencia posee un significativo nivel de independencia respecto del gobierno central que le permite desarrollar una labor con mayores elementos de objetividad, de suerte que puede distanciarse e identificar los problemas de competencia⁸⁴. Algo que los funcionarios públicos de primera línea que implementan una política más concreta y que puede que estén demasiado cerca para detectarlos.

Dicha distancia permite que la autoridad en materia de competencia sea, *prima facie*, menos proclive a determinados abusos reguladores, a la corrupción o a la simple indolencia en el ejercicio de misión. En segundo lugar, cabe apuntar que la existencia de una agencia autónoma para desempeñar funciones relacionadas con la competencia puede conducir a un menor interés directo en la competencia entre el poder ejecutivo y menos compromiso directo del gobierno en la administración diaria del sistema de com-

⁸³ D.D. Sokol, "Limiting Anticompetitive Government Interventions That Benefit Special Interests", *George Mason L. Rev.*, vol. 17, 119. 2009, pp. 144 ss.

⁸⁴ *Vid.* para el sistema español, L. Ortiz Blanco, "La autoridad española de defensa de la competencia ¿autoridad única o dual?", *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea* (S. Martínez Lage y A. Petitbò, coors.), Madrid, M. Pons, 2005 pp. 349–365.

petencia en un determinado Estado. Por último, la autoridad en materia de competencia puede desarrollar una tarea valiosísima para garantizar que el impacto competitivo de estas políticas alternativas implemente otras políticas económicas de forma que se fortalezcan mutuamente⁸⁵.

Los órganos responsables del control de la competencia han de ser independientes del ejecutivo⁸⁶. En primer término, para actuar al margen que desee el Gobierno, lo que requiere el establecimiento y la preservación de la competencia, en cada clase de actividad. En segundo lugar, encausar y sancionar las conductas contrarias a la competencia y ello implica no sólo que tales órganos no pueden estar encuadrados en ningún departamento de las Administraciones Públicas o depender de una autoridad gubernamental, sino que, además, el Gobierno no ha de designar, ni directa ni indirectamente, las personas que han de componer dichos órganos de defensa de la competencia.

Los organismos de competencia pueden ser unipersonales o colegiados. Esta distinción es importante, toda vez que en gran medida, la transparencia de la actividad de una autoridad de competencia depende de que las decisiones sean el producto de una deliberación colectiva, en la cual se examinan distintas posiciones. Suele suponerse que un ente colegiado es menos proclive a ser “capturado” por los intereses de los sujetos pasivos de la legislación. Si bien esta afirmación no es necesariamente cierta, toda vez que ellos no están exentos de problemas de escogencia pública indudables (*v.gr.*, *logrolling*) debe reconocerse que los entes colegiados permiten una mayor estabilidad en términos de imagen institucional hacia el empresariado, lo cual es sumamente importante.

⁸⁵ G. Emberger, “How To Strengthen Competition Advocacy Through Competition Screening”, *Competition Policy Newsletter*, 2006, n° 1, p. 28.

⁸⁶ G. Solana González, “Administraciones públicas y Derecho de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2001, pp. 39–52.

En este sentido, la decisión colegiada obviamente es mayor garantía de imparcialidad y objetividad, al verse el organismo de competencia mayormente protegido de la captura por parte del poder político de intereses privados. Asimismo, la presencia de varias opiniones concurrentes al momento de la decisión es importante para ilustrar y ofrecer una mayor didáctica en la preparación de decisiones.

B) Visión comparativa del desarrollo institucional de las Agencias de Competencia de América Latina

La competencia entre múltiples entes decisores en un ente colegiado puede restar el dinamismo que los organismos unipersonales evidentemente poseen para iniciar la política de competencia en entornos institucionales adversos. En Latinoamérica, nueve países cuentan actualmente con una legislación e instituciones sobre libre competencia. Ellos son: Argentina (1999); Brasil (1994); Colombia (1992); Costa Rica (1994); Chile (1999); México (1992); Panamá (1996); Perú (1991) y Venezuela (1991).

El marco de protección institucional a la competencia en América Latina puede dividirse en varios tipos⁸⁷, para una mejor comprensión de la diversidad institucional de las agencias de competencia en la región.

i) Por su ubicación dentro de la estructura del Estado: Se dividen en entidades judiciales y entidades administrativas. Las primeras se encuentran adscritas al Poder Judicial (Chile), mientras que las segundas se encuentran adscritas a la Administración Pública, generalmente por órgano del Ministerio de Economía (Argentina, Perú, Panamá, México), el Ministerio de Industria y Co-

⁸⁷ I. De León, *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: the Latin American Experience*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

mercio (Venezuela), o el Ministerio de Desarrollo (Colombia). Las dependencias administrativas pertenecen al Poder Ejecutivo del Estado, y por tanto están sujetas a un régimen de adscripción formal a la Administración Pública, más o menos descentralizado. En ocasiones dicha adscripción es más cercana a la entidad de adscripción, careciendo la agencia de competencia de personería jurídica y patrimonio propio, mientras que en otras, la entidad cuenta con dicha capacidad jurídica, lo que la habilita para gozar de un estatus independiente en su funcionamiento y financiamiento, si bien en materia de presupuesto siempre la asignación será efectuada con base en las directrices generales del ministerio de adscripción. Estas entidades administrativas (comisiones o superintendencias), al formar parte de la Administración Pública, guardan una relación de cercanía más estrecha al Gobierno que aquellas cuya adscripción es al Poder Judicial, lo que supone una relación de mayor subordinación a sus dictados políticos. Esto supone un problema de particular atención en el caso de las dependencias administrativas asociado con la imparcialidad y equilibrio de la entidad frente a la situación jurídica de los administrados. Esto es evidente en especial en los casos donde las investigaciones terminan en aperturas de procedimientos sancionadores de oficio. Por ello, es necesario establecer las garantías de imparcialidad en la legislación correspondiente. Por su parte, las entidades judiciales tienen la ventaja de equilibrar las peticiones de los interesados, al disociar la función de supervisión e investigación con la función de decidir la asignación de los derechos, mediante la creación de dos entidades diferenciadas. Este es el caso de Chile, en la creación de una Fiscalía que presenta casos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En otros casos, el problema se ha resuelto mediante la creación de Tribunales de apelación, en la misma sede administrativa, que examinan las decisiones administrativas tomadas por las Comisiones de Competencia. Este es el caso del Perú, cuyas Comisiones de Defensa de la Competencia, de Competencia Desleal, de Acceso a los Mercados, de Dumping y Subsidios toman decisiones que luego pueden ser apeladas ante la Sala de

Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de Propiedad Intelectual. Finalmente, las entidades administrativas tienen la desventaja de suponer una mayor inversión de tiempo en entrenamiento de jueces, a diferencia de las entidades judiciales (Chile) que tienen la ventaja de incorporar la judicatura en la aplicación de las normas de competencia, facilitando procedimientos y trámites que están vedados a las comisiones y superintendencias, por el principio de separación de los poderes (especialmente, en lo tocante a los poderes inquisitivos y de investigación, así como en el decreto de medidas cautelares).

ii) Por la estructura del ente decisor: Las agencias de competencia pueden adoptar la forma de comisiones, o superintendencias, según el ente decisor sea colegiado o unipersonal, respectivamente. Entidades colegiadas se encuentran en Argentina, Brasil, Costa Rica, México, Panamá, Chile y Perú. Por su parte, las superintendencias existen en Venezuela y Colombia. Una y otra modalidad tiene ventajas y desventajas: la presencia de varios sujetos responsables de las decisiones del ente diluye la responsabilidad, y crea rezagos en la toma de decisiones, pero también fortalece la entidad al dotarla de un carácter más institucional y menos dependiente de la personalidad o condición personal de quien detente el gobierno de dicha entidad. Para evitar estas dificultades, los países han introducido sistemas que permiten rotar la presidencia de la institución entre los comisionados. Es el caso de Panamá, cuya presidencia es detentada por el comisionado escogido por dos años.

iii) Por su papel en la asignación de derechos: La condición de una entidad regulatoria está igualmente dada por su papel en el proceso decisorio que conduce a la asignación de los derechos de los particulares sujetos a la regulación. En este sentido, es posible distinguir las entidades que se encargan de decidir directamente la asignación de derechos en conflicto, objeto de la regulación, o entidades que simplemente proponen y presentan denuncias y actúan

como verdaderos fiscales públicos, ante terceras instancias, generalmente, tribunales. En consecuencia, por su rol en la asignación de derechos, las agencias de competencia en América Latina se dividen en entidades resolutorias y en fiscalías públicas. Las fiscalías actúan como acusadores de oficio en casos que supongan una violación del orden público económico. Estas instituciones presentan sus casos ante tribunales especializados (Chile) o generales (Panamá). Las entidades resolutorias representan la mayoría de las agencias de competencia de la región. Este es el caso de Pro-Competencia, la Comisión Federal de Comercio de México, CADE, COPROCOM en Costa Rica, SIC en Colombia, y Pro-Competencia en Venezuela.

iv) Por el número de materias sujetas a su ámbito de acción: Se dividen en entidades multifuncionales y unifuncionales. Las primeras comparten en una misma estructura de supervisión áreas afines a la defensa de la competencia, como son, la desregulación de los mercados; la defensa frente a la competencia desleal; la regulación de la propiedad intelectual; la regulación de estándares de calidad; normas técnicas y otras; la protección del consumidor; y eventualmente el dumping y los subsidios. La experiencia en la región muestra que las primeras entidades de competencia creadas en la región a comienzos de la década de los 90 (Brasil, Venezuela, Argentina, Chile, México, Costa Rica) incluyeron en sus competencias los asuntos relacionados con defensa de la competencia exclusivamente. No obstante, Colombia y Perú adoptaron una estrategia diferente, de mayor cobertura regulatoria. La SIC en Colombia contempla tres grandes áreas de actuación, a saber, competencia (y competencia desleal), protección al consumidor y propiedad intelectual⁸⁸. Por su parte, el INDECOPI en Perú, abarca

⁸⁸ A. Miranda Londoño, “Developments and Perspectives in Colombian Competition Law”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 21, 2006, pp. 80–82.

funciones en competencia, competencia desleal, protección al consumidor, normas técnicas, desregulación, propiedad intelectual y procedimientos concursales. A partir de 1994, se consolida la tendencia institucional iniciada por INDECOPI con la extensión de competencias dada a la COPROCOM en Costa Rica para promover la simplificación de trámites y desregulación de los mercados; comienza a extenderse el cometido de funciones de las agencias de competencia. El gran salto se produjo en 1996 con la creación de CLICAC en Panamá, que es una entidad que, además de los asuntos de competencia, considera la competencia desleal, protección al consumidor, normas técnicas, desregulación, propiedad intelectual y el dumping y los subsidios.

Hay varias ventajas derivadas de la condición multifuncional que resultan atractivas para países en vías de desarrollo: (i) ahorro de costos administrativos, de personal y de otras unidades de apoyo; (ii) consistencia en la aplicación de políticas; (iii) considerable mayor presencia en la sociedad, dado las economías de ámbito presentes en la acción de la entidad a través de sus distintas unidades; y (iv) mejor integración de los equipos y apoyo cruzado de las unidades entre sí.

C) Situación particular de México

Aunque actualmente México es una de las economías más abiertas del mundo, hace poco más de veinte años la situación era totalmente opuesta⁸⁹. Los esfuerzos por insertar a la economía mexicana en el mercado mundial con las mayores ventajas posibles pasaron por importantes reformas a su política comercial, el cambio en un modelo de desarrollo que había impulsado por un largo período, no exento de resistencias al interior del país, así

⁸⁹ *Vid.*, por todos, L. Pereznieta y R. Guerrero. *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002.

como por la decisión de formalizar su integración con EE UU. La aplicación por parte de México de estrategias acordes al nuevo horizonte que ofrecía el arribo del siglo XXI no ha sido lineal ni sencilla. Las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial estuvieron dominadas por una profunda desconfianza por parte de los llamados países del Tercer Mundo con respecto a las bondades del juego de las fuerzas del mercado. Tal punto de vista justificaba un amplio intervencionismo del sector público en prácticamente todas las esferas de la vida económica, el cual iba mucho más allá de lo que se acostumbraba en los países avanzados: sectores completos se reservaban para el Estado; la IED se sometía a severas reglamentaciones; el Estado participaba en forma directa en muchas actividades productivas, y las políticas comerciales se orientaban a sustituir importaciones como medio para promover el crecimiento⁹⁰.

En un contexto competitivo, existe un gran número de empresas en la industria produciendo un bien más o menos homogéneo, ninguna de ellas puede elevar el precio, porque los consumidores cambiarían de proveedor; tampoco pueden restringir su oferta, porque sus ingresos disminuyen al mantenerse el precio fijo. De tal manera tanto los productores como los consumidores maximizan su bienestar. Sin embargo, en el caso de México, las características bajo las cuales se desarrolló la economía en la etapa pos-revolucionaria no proveyeron de un ambiente propicio para incentivar la creación de competencia en los mercados.

En cierta medida, las reformas económicas iniciadas en México a principios de los años ochenta, se encaminaron a dar al mercado un papel protagonista pero desafortunadamente no han generado los resultados de ellas esperados. Y es que si bien, los procesos de privatización y liberalización son condiciones necesarias

⁹⁰ A. Ten Kate, "El ajuste estructural de México: dos historias diferentes", *Comercio Exterior*, vol. 42, nº 6, Junio de 1992, p. 519.

para el desarrollo de los mercados no son suficientes. Por tal motivo, se ha reconocido la importancia de la intervención gubernamental en la economía, a través, de la creación de políticas de competencia, desregulación y como recurso de última instancia de regulaciones. A lo largo de cuatro décadas, la mentalidad empresarial mexicana estuvo fuertemente ligada al proteccionismo gubernamental y la ausencia de competencia; como resultado la industria nacional, al tener asegurado el mercado doméstico, tuvo pocos incentivos para competir internacionalmente y prefirió proveer al mercado nacional con productos que frecuentemente eran de baja calidad y alto precio. Si en un principio se dio un impulso a una naciente industria manufacturera, eventualmente el costo de la ineficiencia fue dominante. En un intento por contener las fuerzas monopólicas derivadas de la ausencia de competencia vigorosa, la política comercial e industrial descansó en los elementos de control directos, ya sea sobre los precios o con la participación directa del Estado en las actividades productivas.

En el caso de México, el proceso de privatización avanzó tal vez como nunca se ha visto en el mundo, en aproximadamente una década se privatizaron o bien fueron liquidadas un gran número de empresas, de las mil ciento cincuenta y una empresas del gobierno a principios de los años ochenta para 1999 solamente se mantenían alrededor de noventa⁹¹. Dentro de las empresas privatizadas o liquidadas seguramente habrá algunas que actúan en sectores donde el Estado únicamente cumplía con una función social (producir bienes de primera necesidad o bien crear empleo), en manos de la iniciativa privada seguirán cumpliendo esta función pero sobre todo buscarán la eficiencia para lograr beneficios; sin embargo, el problema o bien la atención primordial puede presentarse en sec-

⁹¹ Ch. L. David y K.M. Coleman, "Privatization and Public Opinion in Chile, Costa Rica, and Mexico: A Test of Alternative Models", *International Politics*; vol. 38, n° 4, 2001, pp. 561-582.

tores donde el Estado actuaba por considerarlos monopolios naturales pero que debido a los avances tecnológicos han dejado de serlo permitiendo la inversión privada. Ejemplos son: la telefonía, los satélites, la petroquímica básica, el gas natural, entre otros.

Por su parte, el proceso de liberalización ha sido de una magnitud importante, intensificándose en 1985. El marco de sustento son los diferentes acuerdos internacionales con organismos multilaterales o bien con otras naciones. Por ejemplo, el acuerdo del GATT, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con EE UU y Canadá creando el mercado más grande del mundo; el anterior hecho sirvió por decirlo de alguna manera de boleto directo a ser miembro de la OCDE, integrada por los países más desarrollados del mundo; México también está incorporado en la OMC que sustituyó al GATT; y además, firmó tratados bilaterales de comercio con Venezuela, Chile, Costa Rica, Colombia, Nicaragua, Colombia, Guatemala, Israel y con la Unión Europea que entró en vigor en forma parcial en julio del 2000.

La debilidad de la economía mexicana a principios de los años ochenta llevó a la conclusión de que el modelo económico vigente desde los años cuarenta, basado en el mercado interno, era inviable. El gobierno de Miguel de la Madrid (1982–1988) propuso una reconversión del aparato productivo mexicano para lograr que el nuevo motor del desarrollo fuera el mercado externo. El cambio de modelo económico significaba la disposición de poner en práctica una apertura del mercado mexicano a los productos extranjeros y a la inversión foránea, así como la disminución de las funciones del Estado de producir bienes y servicios y subsidiar y regular mercados⁹². El objetivo inmediato era detener el proceso inflacionario, y en el largo plazo, alentar la integración de la economía mexicana al mercado internacional, lo que requirió la des-

⁹² L. Villareal, *Las Reformas legislativas para el Libre Comercio*, México, Editorial Pac, 1995, p. 9.

trucción de las barreras proteccionistas y de los intereses creados a su amparo, de las restricciones nacionalistas sobre la IED, y la privatización selectiva de la empresa pública. A los objetivos de estabilización, básicamente resumidos en la disminución del déficit fiscal, el desequilibrio externo y las presiones inflacionarias, se añadió una política de cambio estructural explicitada en el Plan Nacional de Desarrollo 1983–1988. Entre las metas más importantes incorporadas a este documento destacaba la redefinición del papel del Estado y la inserción del aparato productivo mexicano en la economía mundial.

II. Interacción entre Derecho de la competencia y comercio internacional

1. Vocación transnacional del Derecho de la competencia

Es el sector del Derecho del comercio internacional el más directamente afectado por la incidencia de la internacionalización de la economía. El comercio transfronterizo es el resultado frecuentemente de la competitividad entre las distintas reglamentaciones estatales en presencia, pues los operadores económicos acostumbran a conectarse con los ordenamientos nacionales que resulten más satisfactorios a sus intereses (*v.gr.*, para determinar el origen del bien o de la tecnología objeto del comercio); la competitividad se manifiesta también en distintas acciones de fomento por parte de los Estados para atraer inversiones del exterior: actuaciones urbanísticas, reducciones fiscales ...). Por eso los intereses públicos en la economía se convierten hoy en los intereses generales de la sociedad internacional; en una realidad, la económica, que sólo tiene ya una dimensión internacional. De ahí que el régimen de los intercambios internacionales, de la contratación, quede decididamente afectada por las estructuras del comercio internacional diseñadas, principalmente, a través de las instituciones internacionales y la regionalización de los mercados. La incidencia, no es, sin embargo, puramente superestructural, sino que trasciende a aspectos concretos de las relaciones privadas internacionales, empezando por el propio sistema de fuentes de las normas jurídicas y, sobre todo, por la formulación e interpretación de las propias normas reguladoras.

En la medida en que la mundialización se traduce en el triunfo de la economía de mercado⁹³, comporta el desarrollo de un sistema jurídico que no solamente exprese esta circunstancia sino que asegure su eficacia⁹⁴. Por esta razón la ordenación del Derecho de la competencia posee una vocación multinacional que presta atención a la transnacionalización de los poderes económicos privados para evitar la existencia de una “mundialización” de posiciones dominantes constitutivas de auténticas “barreras estructurales” a la liberalización de los intercambios internacionales. El comercio, al igual que otras formas de desarrollo económico, requiere en todo caso un marco institucional, toda vez que los mercados no pueden constituirse con instrumentos meramente económicos y el concreto papel de una economía en el mercado mundial está en función de otros criterios diversos entre los cuales determinadas formas de proteccionismo pueden ser adecuadas⁹⁵. El establecimiento del libre mercado trae consigo una reorientación de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos que deben ahora ocuparse preferentemente de asegurar que libre competencia en el mercado y que los servicios públicos administrados por empresas privadas cumplan su cometido. Este nuevo contexto “favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los poderes públicos”.

El Derecho de la competencia internacional ha crecido en importancia a medida que las economías nacionales se han vuelto más integradas. Y, paralelamente a la proliferación de leyes nacionales de competencia los esfuerzos de aplicación se han fortalecido. Este sistema está plagado de conflictos que surgen cuando

⁹³ R. Benichi, *Histoire de la mondialisation*, Paris, Vuibert, 2003.

⁹⁴ Ph. Brusick, “Mundialización: fomentar la competencia ¿o crear monopolios?”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 11, 2000, pp. 73.78.

⁹⁵ J. Levinsohn, “Competition Policy and International Trade”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n° 3, agosto de 1995.

los Estados perciben que la manera en que otro país haga o deje de aplicar su legislación de competencia afecta negativamente a sus intereses⁹⁶.

Como ha puesto de relieve J.C. Fernández Rozas⁹⁷, el análisis estructural nos muestra que el todo (la economía mundial) es más que la suma de las partes (los Estados). La apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se constituyen en las obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; a la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios. La apertura e integración de los mercados nacionales, regionales y mundiales supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias, unida, eventualmente, a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. Dicha libre circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes (empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes; vínculos también potencialmente conflictivos.

⁹⁶ C. Noonan, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁹⁷ J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, *op. cit.*, pp. 63–64.

El proceso que suele calificarse como “mundialización” es, pues, el resultado de una serie de decisiones y acciones cuyo propósito central es la creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero, convertido así en la mercancía por excelencia. Este mercado global, que el extraordinario desarrollo de las nuevas tecnologías, en particular de la teleinformación, ha hecho posible, debe, sin embargo, su existencia a la convergencia, implícita en unos casos y programada en otros, de los intereses de las empresas transnacionales, que son sus primeros protagonistas y sus principales beneficiarios, y de la política económica de EE UU y de los otros grandes Estados del Norte⁹⁸.

Recíprocamente, las economías nacionales no son una simple subdivisión de la economía mundial. De ahí que una crisis generalizada provoque efectos cruzados en las grandes empresas, además de afectar también a las sociedades domésticas. Nadie cuestiona que la economía sea indispensable para la aplicación de las políticas del Derecho de la competencia hasta el punto de que resulta un tópico afirmar que abandonar la teoría económica es renunciar a la posibilidad de un Derecho antimonopolio racional. Si bien el vínculo entre el Derecho y la economía está bien establecido, la importancia que se otorga a las consideraciones económicas en el Derecho de la competencia es objeto de debates recurrentes. Se considera que las deficiencias del análisis económico contribuyen a que se produzcan errores de análisis, algunos de ellos graves, como la confusión entre los abusos perjudiciales para la competencia y los comportamientos que la favorecen. En todo caso, la aplicación del Derecho de la competencia debe seguir siendo gestionable por las personas e instituciones encargadas de administrarlo. La legislación anticárteles tiene un componente mucho me-

⁹⁸ *Vid.* A. Tita, “Globalization: A New Political and Economic Space Requiring Supranational Governance”, *JWT*, vol. 32, 3, 1998, pp. 47–55

nor de economía registrándose en los últimos años una tendencia hacia la convergencia del alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación y la política de la competencia en todo el mundo⁹⁹.

Podemos adelantar que, a los efectos del presente estudio, el término “competencia” abarca la rivalidad entre las empresas y las estructuras del mercado que dan lugar a esta rivalidad (o posible rivalidad); se entiende por “política de la competencia” la política destinada a mantener e impulsar la competencia tanto por medio de la aplicación del derecho de la competencia contra las prácticas comerciales restrictivas de algunas empresas como por medio de la influencia ejercida sobre la elaboración o aplicación de otras políticas o medidas gubernamentales reguladoras de la competencia. Existen numerosas pruebas empíricas de las ventajas de la competencia para la eficiencia, el bienestar social, la competitividad internacional y el crecimiento. No se hace ninguna valoración de la eficacia de la política de la competencia para conseguir los otros objetivos que tiene atribuidos en algunos países o regiones, entre ellos la integración de los mercados, el aprovechamiento de las posibilidades comerciales en beneficio de las empresas pequeñas y medianas, la garantía de la libertad económica, la desconcentración del poder económico o la promoción de una economía y una sociedad pluralistas¹⁰⁰.

Ello se ha debido a la extendida orientación hacia la liberalización de los mercados y la adopción de políticas de la competencia; al mayor hincapié que se ha hecho sobre los objetivos referentes al bienestar de los consumidores, la eficiencia y la competitividad en

⁹⁹ M.E. Zoido e I. Gutiérrez, “Cárteles; análisis y valoración de sus efectos”, *Anuario de competencia*, 2003, pp. 207–230.

¹⁰⁰ Como pusiera de relieve el juez Learned Hand: “La posesión de poder económico ilimitado amortece la iniciativa, desalienta la austeridad y drena la energía... La inmunidad frente a la competencia es un narcótico para el progreso industrial, y la rivalidad un estimulante” (*Estados Unidos c. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945)).

las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación en materia de competencia; a la mayor similitud de los análisis económicos y las técnicas de ejecución; a la condena universal de las prácticas colusorias (con ciertas exenciones en algunos países); a la limitación, eliminación o control de los abusos en lo referente a las exenciones sectoriales, personales o relacionadas con el gobierno; a la mayor severidad en la ejecución; el papel más destacado de las autoridades responsables de la competencia en la defensa de los principios relativos a la misma con ocasión de la aplicación de las demás políticas gubernamentales; a la aplicabilidad de la legislación de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas fuera del territorio nacional; y al robustecimiento de las consultas y la cooperación internacionales.

Sin embargo, existen aún muchas diferencias importantes entre la legislación y la política de la competencia, en especial en cuanto a: la prioridad concedida a la política de la competencia respecto de otras políticas; la importancia dada en muchas leyes relativas a la competencia a objetivos distintos del bienestar de los consumidores o la eficiencia; los enfoques legales para el control de las prácticas comerciales restrictivas; las técnicas analíticas utilizadas; las reglas sustantivas aplicables en particular a las limitaciones verticales, los abusos de posiciones dominantes, las fusiones, las empresas mixtas y las interconexiones; la estructura o alcance de las exenciones *de minimis*, funcionales, por motivos de propiedad intelectual u otros tipos de exenciones antes indicados (aunque algunos de ellos tal vez no sean en realidad exenciones sino que se trate de la consecuencia inherente a la aplicación normal de los principios de la competencia); la capacidad de ejecución y la energía real de la aplicación; las doctrinas legales según las cuales se aplican las leyes de la competencia fuera del territorio nacional; la posibilidad real de aplicarlas y la frecuencia de su aplicación; la medida en que los diferentes países participan en la cooperación internacional en esta esfera; y las restricciones legales aplicadas a la entrada en el mercado. A pesar de esas diferencias, existen aho-

ra similitudes de suficiente amplitud en los objetivos, el contenido y la aplicación de la legislación y la política de la competencia para establecer una base sustantiva que permita el robustecimiento de la cooperación.

La competencia en el ámbito de las relaciones económicas internacionales plantea una triple problemática.

i) La apertura de la economía no sólo implica para los Estados, la exposición a una mayor competencia, sino también, ala presencia de un conjunto de conductas extranjeras que la distorsionan. Al abrirse los mercados éstos también se deben de abrir a una competencia sana, leal y exenta de distorsiones. Por eso en cada Estado, la reducción de las barreras comerciales debe ir paralela a una política específica y una regulación estricta de competencia; mecanismos cuyo propósito ha de ser que la liberación comercial, no sea aprovechada por quienes ocupan una posición dominante, en los mercados internacionales, para incurrir en abusos y en prácticas transfronterizas restrictivas de la competencia. La práctica manifiesta que, las prácticas que suelen mostrarse, en el ámbito del intercambio internacional, no sólo son más variadas de las que comúnmente ocurren en el contexto doméstico, sino que, en muchas ocasiones, cuentan además con al apoyo y soporte de los gobiernos de los países exportadores.

ii) El peligro de que las prácticas restrictivas causen efectos, ya no en el mercado local, sino en los mercados de exportación. Dichas prácticas pueden exteriorizarse como secuela de los carteles internacionales, que investigan establecer barreras de acceso y medidas destinadas a exceptuar la competencia, en los mercados de exportación. Baste atender a determinadas actividades de boicoteo o de represalia, adoptados contra quienes se niegan a favorecer la conducta y las políticas del cartel. También aparecen acuerdos excluyentes de las industrias domésticas, tales como car-

teles de importación o intentos por monopolizar los canales de distribución.

iii) Las posibilidades de beneficio que se desvían hacia el consumidor en los procesos de liberación comercial¹⁰¹. Baste comprobar que las ventajas del proceso no se vean perjudicadas o anuladas por acuerdos entre productores nacionales y extranjeros, o entre unos y otros, que reproduzcan, de manera automática, las barreras eliminadas por las negociaciones comerciales. Por lo general esta gama de comportamientos impide que los beneficios de la liberación comercial, se trasladen al consumidor, de tal forma que ellos se quedan en las manos de quienes incurren en todo tipo de conductas anticompetitivas.

2. Necesidad de un Derecho de la competencia de carácter transnacional

A) Factores justificadores

La globalización de los intercambios económicos incita constantemente a las empresas que operan en el mercado internacional a redefinir su estrategia y a buscar nuevas alianzas a fin de disponer de una estructura suficientemente extendida para poder reforzar su posición competitiva, para preservar su parte del mercado y explotar al máximo las ventajas comparativas de los distintos mercados. La relación de osmosis entre los mercados aumenta sensiblemente el riesgo de ver los comportamientos anticompetitivos practicados en un país y tiene repercusiones nocivas en el libre juego de la competencia en un tercer país o en varios países a

¹⁰¹ F. Gómez Pomar, “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia”, *Indret*, nº 1, 2003.

la vez. En conflicto con la globalización, el siglo veinte concluyó en un periodo de mutaciones estructurales mayores de las economías nacionales y en el crecimiento notable de las dimensiones de las empresas multinacionales, fenómeno que hace recordar, con reserva de los matices, la concentración capitalista en el origen de la creación del Derecho antitrust americano en fines del siglo XIX. En efecto, fuertes movimientos de concentraciones capitalistas de dimensión mundial alcanzaron, y siguen alcanzando desde algunos años casi todos los sectores clave de la economía en los países más industrializados. Lo atestigua la multiplicación, desde el principio de los años noventa, de operaciones de fusiones y de alianzas económicas entre empresas de tamaño gigante actuando en mercados de dimensión nacional, pero también y especialmente entre las de tamaño regional o transnacional¹⁰².

La competencia conduce inexorablemente a la estructura de mercado o, si se quiere a la conducta de compradores y vendedores en un mercado determinado. Ahora bien, existe en teoría el mercado perfectamente competitivo que se configura como un mercado atomizado, tanto de compradores como de vendedores y estos adoptan decisiones empresariales que, como regla general, no afectan a los precios del mercado. Con carácter concluyente; si gran parte de la teoría económica se ha desarrollado a partir de la competencia perfecta, lo cierto es que los mercados son imperfectamente competitivos.

El desmantelamiento progresivo de las barreras arancelarias y de otras trabas a los intercambios, obtuvo a lo largo de los ciclos sucesivos de negociación en el marco de la GATT, por una parte, la liberalización de los intercambios efectuada, desde el ciclo de Uruguay, en el seno de la OMC en los nuevos sectores económicos (servicio, telecomunicación, propiedad intelectual). Mas, por

¹⁰² A.C. Keskin, *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, París, Harmattan, 2009.

otra parte, no podrían realizarse plenamente si la disminución de las barreras estatales a los intercambios se veía comprometida por barreras privadas impuestas por los poderes económicos privados. La ausencia de normas internacionales en materia de competencia, podría tener como consecuencia molesta la anulación *de facto* de los compromisos comerciales tomados por los miembros de la OMC. El levantamiento de los obstáculos a los intercambios y el crecimiento de la competencia internacional generan una ganancia que no debe verse incautado por el juego de la coalición de intereses privados¹⁰³. Aún en el caso de que se convenga si en un eventual marco multilateral en materia de competencia debería tratar tanto de las prácticas de naturaleza privada como de las que emanan de las empresas públicas, es evidente que son más las primeras que hoy día se consideran como un obstáculo mayor a los intercambios y que paradójicamente no son objeto de marco alguno jurídico multilateral.

El acrecentamiento de los poderes económicos privados es un peligro real que únicamente puede ser repelido a través del fortalecimiento, a nivel internacional, de la complementariedad entre la política comercial en la OMC y la política la competencia, y por la coordinación de sus objetivos comunes¹⁰⁴; y ello comporta la creación de un marco multilateral en la OMC sobre la cuestión de

¹⁰³ D. Brault, *Droit de la concurrence comparé. Ver un ordre concurrentiel mondial?*, Paris, Economica, 1999, p. 124.

¹⁰⁴ OMC, “Rapport (1998) du groupe de travail de l’interaction du commerce et de la politique de la concurrence au Conseil Général”, 8 décembre 1998, (WT/WGTCP/2), p. 6 ss; E.W. Kintner, M.R. Joelson y P.J. y Vaghi, “Groping for a Truly International Antitrust Law”, *Va. J. Int’l. Law*, vol. 14, 1973, p. 75, esp. p. 76; J.H. Jackson, “Alternative Approach Implementing Competition Law Rules in International Economic Relations”, *Aussenwirtschaft*, 1994, pp. 177 ss.

la competencia¹⁰⁵. Para ello el punto de partida se ha centrado en la necesidad de cambiar ciertas normas como las contenidas en el Acuerdo Antidumping para hacerlo más compatible con la promoción de la competencia¹⁰⁶.

B) Problemas en presencia y marco regulador

La coexistencia de los diferentes códigos nacionales de la competencia no es forzosamente pacífica¹⁰⁷. En el Derecho privado, tal conflicto de leyes se resuelve con reglas de conflicto, es decir con el derecho internacional privado. Es obvio que tales reglas existen también para el Derecho de la competencia. El Derecho de la competencia no se limita a pesar de ello al Derecho privado. Los problemas ligados a las distintas exigencias de las autoridades nacionales de la competencia competen al Derecho público. Al igual que en el Derecho público, existen reglas de conflicto, como por ejemplo los principios de la nacionalidad, de la territorialidad, o de la cortesía internacional (*comitas gentium*). Pero dichas reglas no delimitan la aplicabilidad de las diferentes jurisdicciones con la misma precisión que el Derecho internacional privado. Las observaciones que se refieren al principio del efecto lo demostraron muy bien. Además, en el Derecho público no es posible – contrariamente al Derecho privado – que una autoridad nacional aplique un Derecho extranjero. Por consiguiente, nos obliga a buscar otras soluciones.

¹⁰⁵ S. Baches Opi, “La internacionalización de Derecho de defensa de la competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio: el final de una utopía”, *Revista General de Derecho*, n° 654, 1999, pp. 2321–2350.

¹⁰⁶ P. Arhel, “Droit international de la concurrence. S’orienter-t-on vers des négociations?”, *Rev. Marché Commun et de l’Union Européenne*, n° 425, 1999, pp. 84 ss.

¹⁰⁷ A. Guzmán, “The Case for International Antitrust”, *Boalt Working Papers in Public Law*, 2003/10 (<http://repositories.cdlib.org/boaltwp/10>), pág. 6 ss.

Pero ha de reconocerse que no existe un consenso entre los Estados sobre la definición de la extensión del criterio de efectos y sobre los paliativos que tienden a suavizar los conflictos que resulten de ellos y, por otra parte, que las medidas que limitan la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, no son siempre satisfactorias en razón de su generalidad (principio del Derecho internacional público) o de su falta de certeza y de fuerza apremiante (principio de cortesía internacional). La deficiencia de las legislaciones nacionales se debe, ante todo, al hecho de que el sistema jurídico estatal solo se preocupa de la protección de los intereses inherentes al mercado nacional. La globalización del mercado alienta a veces las naciones fuertemente implicadas en las relaciones de intercambios internacionales a que adopten políticas laxativas, aún anticompetitivas con el propósito de favorecer la competitividad internacional de sus propias firmas¹⁰⁸. La ausencia de normas internacionales de la competencia reforzaría la prosecución de la política estatal egoísta basada en la lógica de “cada uno para sí” en detrimento del bienestar de los consumidores de los países extranjeros, en especial de los países en desarrollo¹⁰⁹. Una toma de conciencia de la protección del bienestar mundial se vuelve un postulado primordial para la globalización económica¹¹⁰.

Por otra parte, la ausencia de un sistema de control de los comportamientos anticompetitivos a nivel internacional tiene co-

¹⁰⁸ J.M. Siroën, “Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée”, Atelier de réflexion sur la concurrence organisé par el DGGRF (Ministère des Finances): “Peut-il exister un droit de la concurrence multilatéral?”, *Rev. Con. Consomm*, n° 93, 1996, p. 27, esp. P. 29.

¹⁰⁹ P. Messerlin, “Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?,” *Aussenwirtschaft*, vol. 49, 1994, pp. 351–374.

¹¹⁰ F. Rigaux, “Existe-t-il un droit international de la concurrence”, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 569–581.

mo consecuencia el hecho de que las empresas se vean obligadas a someterse a reglas nacionales diferentes y a veces contradictorias; dichas diferencias acaban por incrementar los costos (multiplicación de los procedimientos, de los gastos jurídicos, etc.) y los factores de incertidumbre y pueden pues constituir obstáculos a veces importantes para el desarrollo de los intercambios y de la inversión internacional.

Para la adopción de reglas obligatorias, la OMC es el marco que se impone¹¹¹. Contrariamente a la OCDE, la adhesión de los Estados del mundo a la OMC es casi universal. A la inversa de la CNUCED, la OMC no es sencillamente un foro de discusión que acaba con la adopción de *soft law*, pero al contrario es una organización internacional compuesta de una multitud de acuerdos precisos dotados de la fuerza jurídica obligatoria y que dispone – con el Memorandum de acuerdo sobre el reglamento de las discrepancias – de un instrumento único en derecho internacional público para la aplicación de dichas reglas. En fin, estructuras ligeras como el *International Competition Network* son excelentes para la intensificación de la cooperación multilateral, así como para la difusión de las experiencias, pero no pueden servir de base para un proyecto con mayores ambiciones. Las organizaciones y las estructuras mencionadas tienen sus propios méritos y ciertamente no deben ser subestimadas. Sin embargo, para la adopción de un dispositivo obligatorio de un alcance mundial en materia de derecho

¹¹¹ R. Anderson y P. Holmes, “Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System”, 5 *Journal of International Economic Law* 531 ss. (2002); A. Guzman, “International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003, pp. 933 ss; N. Ligneul (supra, note 7), p. 239 ss. V. aussi les analyses approfondies de K. Kennedy, *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, Londres 2001; Ph. Marsden, *A Competition Policy for the World Trade Organisation*, Londres 2001, y F. Romano, *Mondialisation des politiques de concurrence*, París 2003.

de la competencia, la OMC es el recinto al cual es preciso acordar la preferencia.

La razón principal para escoger la OMC en ese contexto, es el lazo entre la liberalización de los intercambios comerciales y el derecho de la competencia. Las barreras estatales (los derechos de aduana, las restricciones cuantitativas y las medidas con efecto equivalente, etc.) suprimidas en la escala mundial a través de la OMC, no deben sustituirse con barreras privadas que las empresas levantan mediante carteles, el abuso de la posición dominante o con fusiones. Así, el derecho de la competencia asegura la libre circulación de los bienes al eliminar las trabas privadas. El lazo entre el derecho de la competencia y la eliminación de las barreras estatales es tomado en cuenta por todas las organizaciones que tienen por meta liberalizar los intercambios.

C) Informe del Grupo de expertos de la CE relativo a la política de competencia en el nuevo orden comercial: fortalecimiento de la cooperación y las normas internacionales

Las necesidades aludidas fueron tenidas en cuenta en el seno de la CE que encargó en 1995 a un Grupo de Expertos un informe sobre la política de competencia en el nuevo orden comercial¹¹²; con posterioridad se registró una comunicación de la Comisión al Consejo¹¹³ que dio lugar a una Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 1996 sobre el XXIV informe de la Comisión relativo a la política de competencia y, en especial, el apartado titulado “Aspectos internacionales”¹¹⁴. A partir de estos documentos, a los que se agregó un informe de la Comisión de Rela-

¹¹² (COM(95)0359 – C4–0352/95).

¹¹³ “Hacia un marco internacional de normas de competencia” (COM(96)0284).

¹¹⁴ DO C 65 de 4.3.1996, p. 90.

ciones Económicas Exteriores y la opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de Política Industrial, el Parlamento Europeo, elaboró un importante documento¹¹⁵ que partía de dos constataciones. De un lado, la liberalización cada vez más generalizada de los flujos internacionales de los intercambios comerciales, los servicios y las inversiones en el marco del sistema multilateral de comercio. De otro lado, el margen de maniobra cada vez mayor del que disponen las empresas que realizan sus actividades a escala internacional en el contexto de la globalización de los mercados. Y a partir de las mismas entendió que la voluntad de alcanzar una competencia libre y leal basada en normas concretas constituye también a nivel internacional una de las piedras angulares de un orden comercial mundial liberal y que, sin ella, la adopción de futuras medidas en el ámbito de la liberalización se enfrentará a una oposición cada vez mayor por parte de la población, en particular, en los países industrializados.

Tras esta constatación, el informe del Parlamento se expresaba en los siguientes términos

1. Observa que se sigue avanzando hacia la integración de hecho de los mercados mundiales sobre la base de los resultados de la Ronda Uruguay, con lo que sigue reduciéndose el grado de autonomía operativa de las políticas económicas nacionales, también en el nivel de los bloques comerciales regionales;

2. Señala que, en el marco del desmantelamiento mundial de las barreras aduaneras, los obstáculos no arancelarios a los intercambios comerciales han adquirido mayor importancia para proteger los mercados domésticos, entre los que figuran las prácticas que distorsionan la competencia de las empresas, que pueden mermar o llegar a anular las concesiones aduaneras negociadas por las partes contratantes de la OMC;

3. Precisa que la normativa por la que se rige actualmente la OMC, al margen de las disposiciones antidumping, sólo contiene derechos y obligaciones para los gobiernos de los países signatarios de la OMC y no re-

¹¹⁵ DOC 362 de 2.12.1996, p. 0243

gulan las actividades de las empresas, de las empresas transnacionales ni de los particulares;

4. Considera que la ausencia de normas en materia de competencia o su aplicación ineficaz, en particular en los países en desarrollo y en los países de reciente industrialización, representa un perjuicio grave para las actividades económicas transfronterizas y, por otra parte, llama la atención sobre las importantes diferencias existentes entre las normas de competencia de los países industrializados, lo que va en detrimento de la cooperación tan necesaria entre las autoridades nacionales responsables de la política de competencia;

5. Hace referencia, en este contexto, al aumento del número de acuerdos y fusiones de carácter transfronterizo entre empresas, cuya valoración, desde el punto de vista de la política de competencia, supera al ámbito de atribuciones de las autoridades nacionales en la materia y que podrían originar problemas en el caso de la adopción de medidas relacionadas con la política de competencia como consecuencia de sus repercusiones extraterritoriales;

6. Por consiguiente, acoge con satisfacción la iniciativa de la Comisión recogida en su comunicación al Consejo en la que propone solicitar, en el transcurso de la Conferencia de ministros de la OMC que se celebrará en diciembre de 1996, la creación de un grupo de trabajo encargado de la elaboración de un marco normativo internacional en materia de competencia; asimismo, expresa su preocupación por el hecho de que las cuestiones relacionadas con la política de competencia no se hayan incluido en el orden del día de las negociaciones de la OCDE sobre un acuerdo multilateral en materia de inversiones;

7. Considera que la OMC es la instancia internacional más apropiada para elaborar y negociar normas internacionales en materia de competencia, teniendo en cuenta sus atribuciones en cuanto a los demás elementos del orden comercial mundial, el considerable número de partes contratantes, entre las que figuran, en particular, un número muy importante de países en desarrollo, las estructuras de negociación existentes en la actualidad, así como la posibilidad de recurrir a un procedimiento de arbitraje único;

8. Considera que los trabajos realizados por otros organismos internacionales como, por ejemplo, la OCDE y la UNCTAD, son contribuciones muy valiosas para la elaboración de normas internacionales en materia de competencia;

9. Se pronuncia a favor de que las normas internacionales en materia de competencia se basen en los principios de no discriminación y de transparencia y que deben dirigirse a una serie de aspectos como el abuso de posición dominante, las alianzas entre empresas que resultan perjudiciales para la competencia (carteles) así como los controles de las fusiones entre empresas;

10. Subraya, asimismo, la importancia que tienen desde el punto de vista de la política de competencia las disposiciones relativas a las ayudas

estatales; en este contexto, señala que la Organización Mundial de Comercio ha dado ya los primeros pasos al prohibir las ayudas a las exportaciones de conformidad con el art. 16 GATT, y que, no obstante, estas medidas deben profundizarse, siguiendo la pauta que marcan el Acuerdo de la OCDE sobre la construcción naval o el acuerdo bilateral entre los EE UU y la UE sobre aviación civil;

11. Se pronuncia favorable a un examen del problema de las garantías a la exportación que tenga más en cuenta su importancia desde el punto de vista de la política de competencia con el fin de poder luchar contra las subvenciones ocultas;

12. Considera que las disposiciones relativas a la política de competencia y el código sobre las ayudas de la UE, así como la postura que adopta ésta con respecto a la política de competencia, constituyen puntos de partida importantes para la elaboración de normas internacionales en la materia, que, indudablemente, deberán tener en cuenta las importantes divergencias desde el punto de vista económico existentes entre las partes contratantes de la OMC;

13. Es partidario, ante todo, de la elaboración de principios comunes para la política de competencia, cuya transposición al Derecho nacional y aplicación efectiva deberá ser negociada, sobre una base vinculante, por las partes contratantes de la OMC en unos períodos transitorios que tengan en cuenta el grado de desarrollo económico;

14. Está convencido de que la elaboración de una serie de normas internacionales en materia de competencia haría cada vez más innecesario el recurso a medidas antidumping, ya que las prácticas dumping sólo son posibles debido a la existencia de obstáculos a la competencia, en particular en lo que se refiere a la reimportación de productos que son objeto de dumping;

15. En este contexto, se pronuncia a favor de la apertura en breve plazo de negociaciones en el marco de la OMC con vistas a dotar al sistema de comercio mundial multilateral de unas normas mínimas en materia de competencia;

16. Pide la creación de una autoridad internacional en materia de competencia en el marco de la OMC que disponga de un procedimiento jurisdiccional vinculante;

17. Insta a la Comisión a que remita al Consejo un proyecto de mandato de negociación que incluya, entre sus elementos principales, la prohibición de los acuerdos celebrados entre empresas en virtud de los cuales se limite la competencia (carteles), el control de las fusiones transfronterizas, así como un código relativo a las ayudas estatales, así como normas que tengan en cuenta las medidas especiales de ayuda a los países en desarrollo;

18. Considera que los acuerdos bilaterales de cooperación existentes en materia de política de competencia celebrados entre la UE y una serie de terceros países constituyen una contribución valiosa para la mejora de la competencia a escala internacional pero está convencido, no obstante,

de que estos acuerdos bilaterales no pueden sustituir a un acuerdo multilateral en materia de competencia;

19. Hace referencia, en particular, a la problemática relacionada con el intercambio de informaciones confidenciales entre las autoridades de la UE y las de los países terceros encargadas de la competencia, que constituye un aspecto importante de la política de competencia;

20. Señala que una armonización global de las disposiciones nacionales en materia de competencia, posible en el marco de unas normas internacionales de política de competencia, constituye una condición necesaria para el intercambio de información confidencial entre las autoridades nacionales encargadas de este sector;

21. Se pronuncia, por consiguiente, independientemente de los esfuerzos multilaterales realizados, a favor de una armonización de las normas vigentes en materia de competencia entre los principales países industrializados, ya que esto constituye una condición previa para una colaboración más estrecha entre la UE y las autoridades de los países terceros encargadas de la competencia;

22. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos y los Parlamentos de los Estados miembros, así como a los signatarios del Acuerdo que participarán en la Conferencia ministerial de la OMC que se celebrará en Singapur en diciembre de 1996.

3. *Hacia una lex economica*

Las diferencias entre las concepciones nacionales de la política de la competencia son inmensas, ya al interior de un mismo grupo de países, por ejemplo entre la UE y los EE UU, pero más aún entre los países industrializados y los países en desarrollo. Con la difusión del sistema económico de la economía de mercado, la necesidad de un Derecho mundial de la competencia queda reforzada¹¹⁶. Ese campo de Derecho es particularmente apto para demostrar que la economía de mercado crea la mayor utilidad para la población, a condición de que ciertas exigencias sean llenadas y ciertas reglas respetadas. La implantación de un Derecho de la

¹¹⁶ E. Fox, 1997, "Toward World Antitrust and Market Access", *Am. J. Int'l L.*, vol. 91, nº 1, pp. 1-25.

competencia en la OMC puede ilustrar la concepción de que el comercio internacional no debe basarse en un capitalismo desenfrenado, pero al contrario debe someterse a reglas que apuntan al interés público¹¹⁷. Así, un acuerdo sobre la competencia puede contestar a la crítica de la globalización y reforzar la legitimidad de la OMC¹¹⁸.

Por consiguiente, la necesidad de un Derecho mundial de la competencia es innegable, con independencia de determinar si la elaboración de un acuerdo en tal sentido está en una fase de madurez que permita su conclusión exitosa. No fue así en la conferencia de Cancún. Pero es preciso desconfiar de sacar conclusiones precoces. En el campo del comercio internacional, las negociaciones siempre han tomado tiempo¹¹⁹. Baste recordar que la Ronda de Uruguay duró siete años, pero terminó con un pleno éxito. Si todas las partes permanecen abiertas y están listas para compromisos en todos los campos, nada se opone a un resultado feliz tras el fracaso del Ciclo de Doha. Todo el mundo puede sacar provecho de ello. La tarea del Derecho mundial de la competencia consistirá a dar un marco razonable a la intensificación del comercio que resulte¹²⁰.

El orden jurídico internacional de la competencia se compondrá esencialmente de una *lex economica*, es decir de un orden or-

¹¹⁷ S. Amin, *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.

¹¹⁸ *Communication de la Communauté européenne et de ses États membres*, Règlement des différends et examen par les pairs: Options pour un Accord de l'OMC sur la politique de la concurrence, Document de l'OMC WT/WGTCP/W/ 229 du 14.5.2003 (disponible sur: http://doconline.wto.org/gen_search.asp), n° 5 : "Le règlement des différends est une des pierres angulaire du système multilatéral fondé sur des règles".

¹¹⁹ A. Heinemann, "La nécessité d'un droit mondial de la concurrence", *Revue internationale de droit économique*, t. XVIII, n° 3, 2004, pp. 293-324.

¹²⁰ P. Sylvester Fleming, "El Derecho de la competencia en la OMC: inventario y perspectiva", *Gaceta Jurídica UE*, n° 244, 2006, pp. 84-102.

ganizado o construido, contrariamente a la *lex mercatoria*, por los Estados, que toma cuerpo en una estructura jurídica, un acuerdo multilateral de Derecho internacional público¹²¹. Dicha estructura debería constituir el marco más apropiado para responder en verdad a los imperativos que están a la base de la creación de cualquier orden competitivo y que necesitarían la presencia de un mecanismo que una, por una parte, un mínimo de normas perentorias que sancione prácticas anticompetitivas (las reglas primarias) y, por otra parte, una estructura de control o de aplicación eficaz que vigile el respeto de la aplicación de dichas normas y que asegure a nivel internacional la coordinación entre las autoridades nacionales de la competencia (las reglas secundarias).

¹²¹ Vid. sobre esta cuestión, W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, París, LGDJ, 2001, n^{os} 905 ss.

III. Competencia, globalización e integración económica

1. Aumento de la competencia entre las empresas

El siglo XXI comienza con grandes transformaciones en diversos ámbitos de la sociedad contemporánea. Cambios que se gestaron fundamentalmente a finales del siglo XX, cuyas consecuencias configuran un nuevo panorama para la comunidad internacional. El proceso globalizador, partícipe y, en la mayoría de los casos, constructor de esta nueva realidad mundial, ha planteado nuevos retos y reconfigurado estructuras, conceptos, modelos y valores, entre otros aspectos¹²².

El avance de la globalización y la integración de la economía mundial tienen y tendrán efectos profundos sobre el Derecho en todo el mundo¹²³. Estudiar y comprender las legislaciones de otros países ya no es un simple ejercicio académico. El comercio entre naciones seguirá creciendo a medida que avanza la tecnología, especialmente por el desarrollo de medios de transporte y telecomunicaciones más rápidos, a menor precio y de mejor calidad. Lo que esencialmente hace la globalización es aumentar la competencia entre las empresas a través de la mayor movilidad de los bienes y servicios, del capital y las nuevas tecnologías que permiten que compitan las empresas con mayor facilidad y menor coste en muchos países a la vez¹²⁴. Esta competencia se extiende a los capi-

¹²² E. Lagos, “Algunas tendencias del Derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. V, 2005, p. 309.

¹²³ F.M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, 1994.

¹²⁴ L. de Guindos Jurado, “Concentración empresarial, globalización y competencia”, *Anuario de competencia*, nº 1, 1999, pp. 57–78.

tales que las financian (bien participando en su capital, bien comprando su deuda o suministrándoles créditos y préstamos), así como entre las personas que trabajan en ellas, bien como empleados directos o como suministradores externos de bienes y servicios profesionales.

El mundo se enfrenta a un nuevo orden global. Los países de occidente pierden peso relativo frente a los emergentes y el viejo orden heredado de la segunda guerra mundial necesitan un cambio para adaptarse a las nuevas circunstancias. Nuevas instituciones internacionales y nuevas funciones para las instituciones ya existentes ponen en entredicho el orden establecido. El Derecho europeo y el Derecho internacional están experimentando un proceso de globalización, y en este proceso el Derecho internacional se está transformando, en cierta medida, bajo la influencia del Derecho de la Unión Europea. Un fenómeno que en los últimos tiempos se denomina gobernanza global¹²⁵.

Las costumbres, tradiciones y modas predominantes en todos los países serán influenciadas profundamente por otras culturas. Este intercambio cultural genera nuevas necesidades y ha multiplicado la creación de las relaciones económicas – y por ende de relaciones jurídicas comerciales – entre personas de diferentes lugares del mundo que demandan nuevos productos y servicios. Esta dinámica es cada vez más intensa en razón de los procesos regionales de integración como los que se han llevado a cabo con éxito en Europa y Norteamérica. Incluso en Asia se desarrollan en la actualidad importantes esfuerzos para integrar la región económicamente mediante acuerdos bilaterales y plurilaterales. En este sentido se destacan las negociaciones para crear un área de libre

¹²⁵ O. Budzinski, *The Governance and Global Competition. Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham (UK), Edward Elgar Pub. Ltd., 2008. *Vid.*, asimismo, V. Cable, *Globalization and Global Governance*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1999.

comercio entre la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Asean) y China. De conformidad con los acuerdos iniciales el área de libre comercio se establecería antes del año 2011 y contaría con una población de 1,700 millones de personas y un producto interno bruto (PIB) de dos billones de dólares.

Latinoamérica y el Caribe no se han sustraído de esta tendencia mundial y por esta razón sus políticas comerciales están dirigidas a insertar sus economías al mercado global. Con base en el ejemplo europeo, desde hace varias décadas se han impulsado en estas regiones convenios supranacionales para integrar sus economías y acordar reglas claras para facilitar el intercambio de bienes y servicios. En la actualidad existen varios espacios de integración económica, jurídica y política en Latinoamérica y el Caribe: la Asociación Latinoamericana de Integración (en adelante ALADI), la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN)¹²⁶, el Mercado Común del Sur (en adelante Mercosur), la Comunidad de países del Caribe (en adelante CARICOM, por su nombre en inglés: “Caribbean Community and Common Market”) y el Mercado Común Centroamericano (en adelante MCCA)¹²⁷.

Esta tendencia podría consolidarse definitivamente gracias a nuevos esfuerzos de los países del continente americano por liberalizar sus relaciones comerciales e integrar sus economías al mercado mundial. Tres proyectos en la actualidad reflejan este interesante proceso: el Acuerdo CAN–Mercosur, la Comunidad Suramericana de Naciones (en adelante CSN) y el Área de Libre

¹²⁶ R. Adkisson, “The Andean Group: Institutional Evolution, Intraregional Trade, and Economic Development”, *Journal of Economic Issues*, vol. 37, n° 2, 2003, pp. 371–379.

¹²⁷ N. Ajenjo Fresno, “La limitada integración política en Mercosur y Centroamérica: causas y efectos comunes”, *A la búsqueda del buen gobierno en América Latina. Gobernanza multinivel, reformas estructurales y cooperación internacional en las democracias latinoamericanas* (A. Ferraro, ed.), Barcelona, Ed. Bellaterra, pp. 97–127.

Comercio de las Américas (en adelante ALCA). En cuanto al Acuerdo CAN–Mercosur, los primeros pasos se dieron mediante la propuesta de crear una zona de libre comercio entre los países miembros de la CAN y del Mercosur. Desde 1995 representantes de los dos bloques se han reunido con miras a consolidar este objetivo. Este proceso ha estado marcado por altibajos pero desde un comienzo se han tomado varios acuerdos entorno a la creación de la zona de libre comercio. Las negociaciones tuvieron como resultado, el 18 de octubre de 2004, la suscripción en Montevideo del “Acuerdo de Complementación Económica No. 59” (Acuerdo CAN–Mercosur) cuyos objetivos van más allá de la creación de un área de libre comercio, pues también se pretende el desarrollo armónico de la región mediante la cooperación e integración económica y física.

El segundo proyecto mencionado nació en virtud de la “Declaración de Cuzco”, suscrita el 8 de diciembre de 2004 por doce Estados de América del Sur en el marco de la III Cumbre Sudamericana. La Declaración constituye el acta fundacional de la CSN, un bloque económico y político de 17 millones cuadrados de extensión, con una población de 361 millones de habitantes y un PIB de 973 millones de dólares.

La tendencia a la expedición de normas de libre competencia, en países que no contaban con este tipo de legislación, se ha venido observando principalmente a partir de los años noventa. Para estos países la elaboración de normas de competencia resulta necesaria con el fin de brindar garantías a la inversión extranjera y proteger sus mercados de la realización de prácticas restrictivas o monopolísticas por medio de las cuales empresas extranjeras podrían destruir la producción nacional y acaparar los mercados. A finales de la presente década habrá en el mundo más de 100 jurisdicciones que tendrán leyes de competencia, sin que haya uniformidad en sus conceptos sustantivos y en sus procedimientos. Estas 100 jurisdicciones representarán “casi el 80 por ciento de la producción mundial y 86 por ciento del intercambio comercial inter-

nacional”¹²⁸. En el caso de Latinoamérica y el Caribe existen doce países que han expedido una legislación general de libre competencia

La visión tradicional de la política de competencia está ubicada en el contexto de la aplicación de medidas antimonopolios provenientes, fundamentalmente, del Derecho estadounidense y del Derecho comunitario europeo. Esta visión conservadora ha servido de fuente inspiradora para el diseño de política de competencia en muchos países en vías de desarrollo y es, indudablemente, una fuente de experiencias que deben ser tomadas en cuenta. No obstante, la posibilidad de tomar como referencia las experiencias en otros países tiene límites evidentes, en primer lugar, porque cada sociedad tiene sus propias características y problemas y, en segundo lugar, porque las políticas aplicadas en otros países, aunque sea en los más desarrollados, obedece a sus propias realidades económicas e institucionales.

2. Defensa de la competencia económica en un mundo globalizado

A) Nueva orientación de la política de competencia

La globalización le ha dado una nueva dimensión a la política de competencia, ampliando el espacio económico en que las empresas se desenvuelven. Los países pueden abordar las conductas anticompetitivas de carácter internacional cooperando con organismos supranacionales y agencias de competencia de otros países. La cooperación a este nivel permite enfrentar las restricciones de escala y facilitar la construcción de capacidades al respecto, especialmente en el caso de economías más pequeñas. En particu-

¹²⁸ W. Kovacic, “Extraterritoriality, institutions, and convergence in international competition policy”, <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.

lar, los acuerdos de integración subregional pueden complementar las políticas domésticas de competencia y apoyar sus procesos de fortalecimiento, contribuyendo además a afianzar las relaciones económicas en el bloque¹²⁹.

El siglo XXI de la “globalización”, supone la mayor interacción del comercio y de las inversiones de las economías a nivel mundial. Sobre esta base se ha justificado la apertura sin restricciones de las economías para que compitan y con ello se ha internacionalizado la política de competencia. No se ha hablado de límites en el concepto de globalización hasta que los propios hechos los confirman como consecuencia de la gran disparidad de las situaciones en los países que siguen siendo soberanos aunque más interdependientes a nivel económico y se necesita profundizar más los obstáculos que dificultan la consecución de la reciprocidad en la aplicación de la competencia internacional¹³⁰. El concepto de reciprocidad en las relaciones económicas internacionales siempre ha estado presente cuando estas trataban las relaciones comerciales. Ahora en la dimensión global es lógico que este concepto se extienda al conjunto de las disciplinas que componen el contexto económico global –teniendo en cuenta las asimetrías al origen de la situación de cada una de las partes–. Este contexto se conocía bajo el concepto de “asuntos relacionados con el comercio” y ahora adquiere entidad propia.

¹²⁹ La experiencia en América Latina y el Caribe ha mostrado que para cumplir con los objetivos de la política de competencia, no se trata solo de disponer de leyes establecidas y normas adecuadas, sino que de instituciones suficientemente fuertes, profesionales capacitados y dotados de poder, así como de procedimientos y sanciones y ejemplarizadoras para hacer cumplir las normas. *Vid.* G. Moguillansky y V. Silva, *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*, Santiago de Chile, CEPAL, Serie comercio internacional, 2004.

¹³⁰ B. Hoekman, “Competition Policy and the Global Trading System,” *The World Economy*, vol. 20, 1997, pp. 383–406.

Por ejemplo, en el caso de la aplicación de las reglas de competencia en las relaciones entre socios comerciales es tanto más importante que estas se apliquen bien en cada uno de ellos si se desea prosperar en las relaciones económicas. Exigir reciprocidad en la aplicación de las reglas de competencia entre socios comerciales internacionales es un condicionante para que pueda existir desarrollarse la relación comercial o institucional dentro de un marco estable y con seguridad jurídica. La competencia entre empresas y países se hace en base a un contexto más amplio y no se limita a los precios ofrecidos en un mercado específico pero ello no debería impedir relaciones de cohesión y apoyo al desarrollo económico como factor para reducir las asimetrías y fortalecer los lazos a largo plazo. En la UE la concepción de determinadas políticas internas como la de desarrollo regional y los fondos de cohesión han sido determinantes para el crecimiento económico armónico. La experiencia de estos mecanismos es adaptable mundialmente y compatible con la política de competencia pero necesita ser practicada entre aquellos socios con voluntad de compromiso. En efecto, a lo largo del tiempo se han ido instrumentando una serie de medios para lograr el objetivo de la cohesión económica y social, recogido por primera vez de forma explícita en el AUE y consagrado posteriormente en el Tratado de Maastricht y en el Tratado de Amsterdam. El Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola – Sección Orientación (FEOGA–O) constituyen los denominados Fondos Estructurales tradicionales, creados con la finalidad última de reducir las disparidades regionales existentes en el seno de la Comunidad¹³¹.

¹³¹ Posteriormente se crearon el Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP) y el Fondo de Cohesión, siendo este último un instrumento específicamente creado para el logro de la cohesión económica y social. *Vid.* E. Carrasco Morales, “Los fondos estructurales y de cohesión: objetivos y realidades”, *ICE*, nº 2633, 1999, pp. 29–37.

Muchos países del mundo funcionan al amparo de la economía de mercado donde las reglas de competencia se aplican como un componente estructural del sistema. Incluso las economías planificadas han afirmado su orientación gradual hacia la libertad económica y comercial. Queda otro gran grupo de países donde su economía se encuentra intervenida por sus gobiernos o en situaciones de gran pobreza que les impide desarrollarse. Todos estos países forman parte de la interrelación económica mundial compitiendo entre ellos aunque no apliquen las mismas reglas.

Como la política de competencia no es un mecanismo exacto y su aplicación evoluciona gradualmente, con base en el reconocimiento de la libertad individual de los actores de la economía en la búsqueda del beneficio del capital, existe el riesgo de que las premisas básicas de su planteamiento sean puestas en duda cuando la economía entra en crisis y recesión global o cuando la extrema pobreza de la sociedad no tiene los mínimos medios para dar soluciones por si misma¹³². No es por tanto seguro que la inversión capitalista acepte o se encuentre en condiciones de aceptar el riesgo inherente de las pérdidas cuando el conjunto de la economía se desploma de forma desproporcionada o cuando el esfuerzo de generosidad no conduce al desarrollo económico pues estas situaciones se alejan demasiado de su planteamiento racional de asunción del riesgo.

La política de competencia encuentra en estas situaciones la prueba de que su aplicación no puede conseguir la imposición del concepto de eficiencia de los mercados como parámetro de referencia y es discutible si estas medidas otorgan algún beneficio a los consumidores. Por lo general se insiste en que el último fin de la política de competencia es proteger a los consumidores lo que, aun siendo una gran verdad, está lejos de conseguirse en la reali-

¹³² O. Armengol i Gasull, “Derecho de la competencia en tiempos de crisis”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 8, 2009, pp. 5-7.

dad ya que al margen del minifundismo del poder de compra de los consumidores y las dificultades de asociarse para lograr una base sólida de representatividad. Las autoridades de competencia son conscientes de las dificultades a la hora de poner en práctica la protección de las necesidades de los consumidores durante la aplicación de las reglas de competencia y además sus gobiernos no disponen fácilmente de la llave de mejora de la eficiencia del mercado o no es para ellos la primera prioridad.

B) Condicionamientos externos

En cierta medida la propia política de competencia ve condicionada su evolución por factores externos. Esta situación nos lleva a plantearnos a medio y largo plazo cómo va a evolucionar la política de competencia y en qué medida su aplicación independiente en cada país tiene perspectivas de resultados que puedan servir a nivel mundial. Si las autoridades de competencia reivindican ser independientes en la aplicación de las reglas de competencia, van a tener que esforzarse en controlar los propios obstáculos al desarrollo de la eficiencia y el bienestar del consumidor cuyo origen proviene de sus propios gobiernos.

El conocimiento de las políticas gubernamentales de los países donde las políticas de competencia se aplican son uno de sus elementos pero desde luego no el único. La mayoría de los países a nivel mundial actúan sabiendo que las condiciones de competitividad serán variables y los parámetros de competencia quedarán afectados. En estas situaciones considerar que determinados mercados relevantes son globales en los análisis de competencia puede convertirse en una apreciación insuficiente. No son solo las grandes crisis las que cuestionan las reglas de la economía “global” de mercado y el futuro de la política de competencia sino muchos factores se interfieren artificialmente en la dinámica de la competencia mundial.

El concepto de reciprocidad en las relaciones económicas internacionales siempre ha estado presente cuando estas trataban las relaciones comerciales. Ahora en la dimensión global es lógico que este concepto se extienda al conjunto de las disciplinas que componen el contexto económico global –teniendo en cuenta las asimetrías al origen de la situación de cada una de las partes–. Hace más de diez años este contexto se conocía bajo el concepto de “asuntos relacionados con el comercio” y ahora adquiere entidad propia. Por ejemplo, en el caso de la aplicación de las reglas de competencia en las relaciones entre socios comerciales es tanto más importante que estas se apliquen bien en cada uno de ellos si se desea prosperar en las relaciones comerciales.

La exigencia de reciprocidad en la aplicación de las reglas de competencia entre socios comerciales internacionales es un condicionante para que pueda desarrollarse la relación comercial o institucional dentro de un marco estable y con seguridad jurídica. La competencia entre empresas y países se hace en base a un contexto más amplio y no se limita a los precios ofrecidos en un mercado específico pero ello no debería impedir relaciones de cohesión y apoyo al desarrollo económico como factor para reducir las asimetrías y fortalecer los lazos a largo plazo. En la UE la concepción de determinadas políticas internas como la de desarrollo regional y los fondos de cohesión han sido determinantes para el crecimiento económico armónico. La experiencia de estos mecanismos es adaptable mundialmente y compatible con la política de competencia pero necesita ser practicada entre aquellos socios con voluntad de compromiso.

Se impone una consulta mundial coordinada por las organizaciones o instituciones más experimentadas como la UNCTAD, la OMC, el Banco Mundial, la OCDE, el ICN, el IBA y CI. Partiendo del hecho que la aplicación de la disciplina de competencia está condicionada por la existencia de varios niveles de desarrollo económico y de políticas gubernamentales diversas siendo importante la búsqueda de soluciones a las contradicciones o asimetrías

que las relaciones económicas internacionales comportan y cómo una nueva etapa de consenso para avanzar en las prácticas a aplicar en la política de competencia, se puede dar respuestas y contribuir a salir de la pobreza a una gran parte de la humanidad. Esta actitud daría el sentido ético al concepto del fin último de la aplicación de la política de competencia en beneficio del consumidor y de los ciudadanos. Una nueva etapa se nos presenta para actuar sobre nuestro futuro común.

La globalización es un arma de doble filo desde el punto de vista del Derecho de la competencia. La liberalización del comercio implica, en primer lugar, que los mercados nacionales, previamente cerrados a los productos extranjeros y los servicios, deben estar abiertos y la globalización lo que hace es eclipsar el peligro del proteccionismo en relación a la competencia interna.

Sin embargo, la apertura de mercados, en segundo lugar, inducen a las restricciones privadas internacionales sobre la competencia: puesto que la competencia se vuelve cada vez más transnacional, también lo hacen las restricciones a la competencia. Las empresas que ya no pueden echar mano artificialmente cerraron los mercados y, en particular, sobre protección aranceles, podría tratar de despojar a (el mundo) la liberalización del comercio de su contenido mediante la sustitución de las barreras gubernamentales de acceso al mercado con las privadas con el fin de obstaculizar la competencia de las importaciones. Acaso podría contestarse con un boicot colectivo de los comerciantes en los productos extranjeros que podrían crear obstáculos al acceso a los mercados y la justifican apuntando a una intensa competencia horizontal, ya que podrían abusar de los derechos de propiedad o de las patentes para la segmentación del mercado geográfica y que pueden obstruir el paso de terceros mercado de acceso con la ayuda de su esencial instalaciones.

La falta de efectiva de la legislación antimonopolio internacional es, desde este punto de vista, un flanco abierto en el lado de la

liberalización del (mundo) el comercio, y sólo un régimen jurídico coherente del Derecho mercantil internacional y del Derecho internacional antimonopolio excluye la continuación del proteccionismo con otros significa y asegura así las ventajas comparativas de costes¹³³.

¹³³ E. Galán Corona, “La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 2, 1975, pp. 291–346.

IV. Desarrollo económico y defensa de la competencia

1. Necesidad de una cultura de defensa de la competencia

A) Soluciones específicas para cada sistema

El esbozo institucional de las innovaciones de mercado es una cuestión esencial para los países en desarrollo, toda vez que constituye parte de la estrategia para la transición –de economías, donde la planificación constituye el método esencial de asignación de los recursos sociales – hacia economías donde el mercado desarrolla esta función. Con esta intención, un gran número de países en desarrollo ha consumado esquemas de reforma institucional que involucran innovaciones económicas transcendentales, con inserción de la liberalización de los precios, con el resultante abandono de las reglamentaciones de los precios y las subvenciones a los precios; la desmonopolización y la privatización de grandes empresas propiedad del Estado o paraestatales; y la liberalización de las inversiones extranjeras directas y del comercio¹³⁴. Esta última liberalización involucra una reducción concluyente de las barreras arancelarias y no arancelarias que con anterioridad afectaban a la competencia entre las importaciones de mercancías y servicios.

La apertura de los mercados ha favorecido una incitación a la competencia, con sus inherentes ventajas derivadas. En un mercado mundial, el capital, el factor trabajo, los bienes, la información y la tecnología pueden ser proveídos a través de las fronteras con gran facilidad; de ahí que sea necesario incrementar la productivi-

¹³⁴ R.S. Khemani y M.A. Dutz, “The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development”, en C.R. Frischtak (ed.), *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*, Banco Mundial. 1995.

dad doméstica para adquirir y mantener una competitividad internacional e incrementar los estándares de vida por razón del incremento del ingreso. La productividad y competitividad establecen el futuro bienestar de cualquier Estado y por esta razón los gobiernos deberían gestionar crear un contexto competitivo que sustente a ese crecimiento en la productividad.

La necesidad de una política orientada a promover la competencia es evidente en el contexto de los objetivos de política pública asociados con el mercado, como eje rector del proceso de creación y asignación de riqueza de una economía. Esta política es especialmente importante en países, como los de América Latina, que acusan el peso de una tradición económico–institucional marcadamente centralista, donde la competencia económica, como valor cultural, es vista con profunda suspicacia¹³⁵.

En concreto, una política de defensa de la competencia busca establecer los instrumentos de política pública necesarios para generar los cambios en el entorno institucional de la economía requeridos para potenciar las capacidades empresariales del país necesarias para lograr la inserción competitiva en el contexto de la globalización. Las políticas de la competencia, especialmente en países en vías de desarrollo deberían reflejar su desarrollo económico en su estructura, economía, constitución y cultura. Lo ideal es que cada país elabore su propia ley de competencia, pues cada país tiene contextos y necesidades diferentes. Sería poco útil tratar de implementar en un país en vías de desarrollo una ley de competencia elaborada para un país desarrollado.

Por lo tanto no es posible aconsejar cual es el mejor diseño, siempre va a depender del contexto político, económico y cultural del país entre otros muchos factores. Sin embargo hay que desta-

¹³⁵ C. Veliz, *La Tradición Centralista en América Latina*, Madrid, Editorial Ariel, 1980.

car que la ley de competencia debe satisfacer las necesidades del país referido. Debe ajustarse a su política industrial, políticas de desarrollo y otras políticas diseñadas para mejorar la economía y el bienestar social de una sociedad más amplia. La ley de competencia deber ser considerada como parte de un conjunto de medidas y no como un soporte para permitir mercados competitivos. La competencia no es en sí misma el fin pero es un medio para alcanzar la seguridad y defensa de la libertad y para promover la prosperidad. La política y la ley de competencia pueden beneficiar a todos los países, independientemente de su tamaño y nivel del desarrollo, siempre que la misma sea elaborada en función de sus necesidades específicas. Esta es la razón por la cual las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo necesitan darle prioridad a su trabajo cuidadosamente. La sensación general entre las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo es que estos deben dar prioridad a casos que podrían tener mayores efectos económicos y los cuales contribuyan a crear mayor conciencia pública¹³⁶.

En economías con recursos aplicados de manera limitada, es recomendable mantener enfocada la nueva ley de competencia en el comportamiento, es decir, en el daño grave claramente ocasionado al consumidor. Los consumidores están en el corazón de la aplicación de ley de competencia. Por ejemplo, si la economía tiene un número de carteles establecidos desde hace mucho tiempo, un esfuerzo inicial fuerte de la aplicación, puede ser acabar con ellos. Puede también ser recomendable enfocarse primero en las prácticas horizontales, especialmente en los casos de fijación de precio y manipulación fraudulenta de licitación. El desafío principal para las autoridades de la competencia al hacer cumplir la ley

¹³⁶ F. Sánchez Ugarte, F.: *La política de competencia en el desarrollo económico*, Serie Documentos de la Comisión Federal de Competencia, México, 2002.

de competencia en países en vías de desarrollo es asignar apropiadamente sus recursos, enfocándose en las clases de conducta, que obstruyen seriamente el funcionamiento apropiado de los mercados. Igualmente en estos países, el bajo nivel de desarrollo económico, regulación compleja de gobierno y burocracia, crean verdaderos retos para las autoridades. Estos desafíos pueden variar dependiendo del nivel de desarrollo del país y del país por establecer reformas orientadas comercialmente.

B) Puesta en práctica de la reglamentación elegida

La adopción de legislación de competencia ha tenido un impacto significativo en la economía de cada país pudiendo observarse en diversas áreas tales como precios, salarios, producción, distribución, y asignación de los recursos, entre otros. Asimismo, tanto la política como la ley de competencia son utilizadas para regular estas áreas, con el objetivo principal de preservar y promover la competencia y como un medio para asegurar la asignación eficaz de los recursos en la economía. La ley de competencia, junto con la creación de una agencia independiente para su aplicación constituye la infraestructura necesaria para alcanzar un ambiente justo del mercado. Sin embargo, contar con una ley de competencia no se traduce en un régimen eficiente de la competencia. Es necesario también que existan condiciones para su aplicación, con independencia de las autoridades reguladoras y un cuerpo institucional fuerte y coordinado que respalde las decisiones. La capacidad de los mercados competitivos y de la política de competencia de contribuir a una mayor eficiencia económica representa la relación clave entre esta política y el proceso de desarrollo.

La política de competencia puede servir al objetivo de una mayor eficiencia, tanto en su sentido estático como dinámico; la competencia en los mercados promueve la eficiencia gracias a que: i) conduce los precios a los costos marginales; ii) consigue

que las empresas produzcan al menor costo posible; y iii) proporciona incentivos para las actividades de investigación y desarrollo (I+D) de las empresas y la introducción por éstas de nuevos productos y métodos de producción en los mercados. La política de competencia vigoriza este proceso al impedir o remediar los casos en que determinadas estructuras del mercado o prácticas comerciales debilitan artificialmente la rivalidad entre las empresas en los mercados, con lo cual contribuyen a una asignación ineficiente de los recursos¹³⁷.

Una buena ley de competencia es solo un elemento de la política de competencia, por lo tanto es importante no sólo que la ley sea realista y capaz de ser puesta en ejecución, sino también que su aplicación sea facilitada por la política de una cultura de la competencia. Particularmente, los países en transición y en vías de desarrollo tardan en poner en ejecución estas leyes por varias razones, entre las cuales se encuentran: carencia de la cultura de la competencia, recursos limitados, carencia del personal cualificado, burocracia excesiva, resistencia política a la reforma, falta de interacción y colaboración entre los agentes reguladores sectoriales y los órganos de defensa de la competencia y jurisprudencia inadecuada.

Debido a las limitaciones políticas y económicas anteriormente mencionadas, los países en vías de desarrollo no alcanzan los mismos resultados reguladores que los países desarrollados. Por lo tanto, el diseño y la puesta en práctica de la ley de competencia conjuntamente con la política y las prioridades para su aplicación deben reflejar los elementos institucionales y la capacidad técnica suficiente del país en cada etapa de su desarrollo económico. Cuando esta ley es diseñada correctamente y se hace cumplir,

¹³⁷ G. Moguillansky, G. y V. Silva, *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*, Santiago de Chile, CEPAL, Serie comercio internacional, 2004.

promueve el desarrollo económico y beneficia a los consumidores directamente, con precios bajos y una mejor calidad de producto.

El uso adecuado de los recursos, la revisión y el análisis de los casos y el tiempo de desarrollo y maduración de las instituciones son factores importantes para el funcionamiento y formación de las autoridades de la competencia. Asimismo, una cultura sana de la competencia es el marchamo de un buen régimen de la competencia y su defensa es un requisito previo para lograrlo. Cabe destacar que la mayoría de los países en vías de desarrollo carecen de una cultura apropiada de la competencia en virtud de lo cual es importante que dichas autoridades de la competencia comiencen con su correspondiente proceso de formación de la misma. El modo más efectivo de fomentar una cultura de la competencia es la aplicación eficaz de la ley de competencia y el seguimiento y cumplimiento de dicha legislación, la cual incluye la investigación de todos aquellos casos que supongan un beneficio importante para los consumidores. Igualmente es importante llevar a cabo una agresiva estrategia de difusión que permita transmitir a los agentes económicos la razón de ser de la política de competencia¹³⁸.

Numerosas autoridades en materia de competencia en América latina instauran días anuales sobre la competencia y días del consumidor, que se centran en la atención pública sobre estos temas. Baste referirse a algunos ejemplos. La Comisión de Comercio Justo de Jamaica celebra un “Día del Consumidor” anual, durante el

¹³⁸ En junio de 2010, con antelación a las licitaciones públicas relacionadas con la Copa Mundial de Fútbol 2014 y los Juegos Olímpicos 2016 que tendrán lugar en Brasil, el órgano investigador brasileño de la ley de competencia, la Secretaria de Direito Econômico (Secretaría de Derecho Económico o SDE), lanzó una campaña multidimensional frente a la colusión. Un elemento de la campaña estaba orientado específicamente a aumentar la concienciación de la competencia entre el gran público y en concreto de los efectos negativos de los cárteles en los consumidores; incluye anuncios anti-cártel localizados en cuatro de las revistas semanales más destacadas.

que se difunde información en lugares públicos mediante sesiones de Q&A con personal de la agencia y se entregan boletines¹³⁹. En Chile, la autoridad en materia de competencia, la Fiscalía Nacional Económica, celebra un “Día sobre la competencia” anual diseñado para profesionales del derecho sobre competencia¹⁴⁰. En Brasil, se ha designado el 8 de octubre como “Día anti-cártel” por decreto presidencial.¹⁴¹

La mayoría de los países en vías de desarrollo tienen una historia relativamente corta en cuanto a la ley de competencia. Muchos de estos países pueden tener interés en adoptarla, pero requieren de asistencia profesional a los fines de adaptarla a las necesidades específicas de cada país. Dichos países frecuentemente se enfrentan con obstáculos desalentadores en su búsqueda por poner en ejecución la legislación de la competencia. Estos países requieren capacidad y asistencia técnica a los fines de alcanzar el grado necesario para la aplicación de esta ley. Cada país tiene diversas inquietudes en materia de la competencia que determinan la naturaleza de sus resultados reguladores, así como la política y la adopción de la ley de competencia. En este sentido, la combinación de las ideologías socioeconómicas del gobierno y los obstáculos creados por presiones políticas son determinantes para la adopción y aplicación de la ley de competencia. También, es importante tomar en cuenta que la adopción de esta ley puede encontrar resistencia por parte de muchos grupos de la sociedad, por ejemplo

¹³⁹ United Nations Conference on Trade and Development, *Voluntary Peer Review on Competition Policy: Jamaica* (2005), http://www.unctad.org/en/docs/ditcc1p20055_en.pdf, p.13.

¹⁴⁰ Fiscalía Nacional Económica en http://www.fne.cl/?content=dia_competencia

¹⁴¹ Durante el primer día, celebrado en 2008, se realizó una campaña de información en los 7 aeropuertos brasileños más importantes, donde se distribuyeron 450.000 folletos y otros materiales OCDE, *Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review of* (2010), disponible en línea en la página web de la OCDE, en <http://oecd.org/dataoecd/4/42/45154362.pdf>

esta ley podría limitar la capacidad de un monopolista de crear barreras artificiales a la entrada o a la extensión de sus rivales¹⁴².

Es importante que las autoridades de la competencia utilicen cuidadosamente sus limitados recursos económicos e igualmente cuenten con el personal debidamente entrenado para aplicar la ley. Igualmente es necesario que identifiquen y prioricen sus casos y se enfoquen en las prácticas anticompetitivas que han perjudicado, o que puedan llegar a perjudicar, la economía doméstica. En particular, deberían centrarse en los casos que puedan tener mayor impacto económico y donde puedan generar mayor conciencia pública en el país a los fines de crear una cultura de la competencia. Las autoridades de la competencia deben actuar proactivamente para generar políticas de gobierno que impidan las prácticas anticompetitivas y reduzcan al mínimo la intervención innecesaria del gobierno en todos los mercados.

También es importante identificar y analizar las prioridades estratégicas de las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo a los fines de determinar las condiciones y restricciones bajo las cuales deben operar. Es necesario determinar las directrices bajo las cuales estas agencias trabajan y en dar a cada caso la prioridad necesaria entre una gran cantidad de prácticas anticompetitivas.

Las prioridades de las autoridades de la competencia son determinadas por las funciones que las mismas se han establecido como metas. Estas funciones pueden ser una o más de las siguientes: promover eficiencia, darse a conocer, darse a entender, ser aceptadas o maximizar el impacto social. Es importante que las

¹⁴² I. León, “Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en desarrollo”, <http://www.procompetencia.gov.ve/enfoquealternativo.html3np1>.

autoridades de la competencia le den prioridad a la promoción de la competencia antes que a la aplicación de la ley.

2. *Problemas de técnica legislativa*

Un gran número de países en vías de desarrollo han adoptado las políticas de la competencia a nivel nacional como parte de un sistema coherente de políticas para crear ventaja comparativa e industrias internacionalmente competitivas¹⁴³. Sin embargo, puede haber casos en los cuales un país, quizás renuente, introduce la ley de competencia bajo presión externa, como es el caso de las presiones externas de los países donatarios y países desarrollados, así como de diversas instituciones tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización del Comercio Mundial, entre otros. Las autoridades de la competencia, creadas recientemente en países en vías de desarrollo, generalmente hacen frente a apremios más severos, particularmente cuando se establecen como parte de reformas más amplias, incluyendo la privatización.

La privatización resulta significativa en tanto conduce a la modificación en el desempeño de las empresas por la vía del cambio en los objetivos e incentivos, los cuales determinan las acciones de los agentes involucrados en el manejo administrativo y en la propiedad de los activos¹⁴⁴. Pero existe evidencia de que más importante que la privatización es el cambio en las reglas competitivas y en las medidas que regulan la operación de los mercados. Igualmente, el rol de los agentes reguladores sectoriales es espe-

¹⁴³ J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, *op. cit.*, pp. 25 ss.

¹⁴⁴ P. Bosch, *La política de competencia, un mecanismo promotor de la democracia económica*, Informe de la Comisión Federal de Competencia 2º semestre de 96, CFC, México, 1997, p. 150.

cialmente importante en los países en vías de desarrollo que no poseen autoridades anticompetitivas fuertes para la aplicación de la ley. La competencia puede presentar problemas clásicos de mercado en los cuales se presentan pocos competidores, mientras que otros problemas pueden resultar de condiciones imperfectas de precios.

El reto principal para las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo es la asignación apropiada de sus recursos. En muchos países, las ventajas de las leyes y de la política de la competencia tienen todavía que emerger visiblemente, ya que su aplicación ha sido obstaculizada por no poseer el personal adecuado, así como por la carencia de recursos y de información confiable. Las autoridades de la competencia necesitan identificar las prioridades y las actividades a llevar a cabo con el presupuesto disponible y el número de los expertos que trabajaran en cada caso. La mayoría de las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo asignan escasos recursos financieros y humanos para instalar regímenes de la ley de competencia. Las autoridades de la competencia deben contar con el personal calificado para la ejecución de sus responsabilidades, pues las investigaciones tienden a ser intensivas. Los países en vías de desarrollo necesitan mejorar el sistema de recopilación de datos, acceso a la información de las empresas y de divulgación de la materia de la competencia. Es muy importante que las autoridades de la competencia en países en vías de desarrollo aprendan de la experiencia de países desarrollados y adquieran sus conocimientos técnicos los cuales son necesarios en cada etapa de aplicación de la ley.

Hay que comenzar señalando que existen dos grandes problemas:

i) Los países en vías de desarrollo tienden a copiar las leyes de la competencia de países desarrollados sin tomar en consideración la situación política y económica específica de cada país y los de-

safíos que una autoridad de la competencia puede enfrentar en un país específico.

ii) Se producen muchos supuestos de terminología y de ambigüedad confusa de previsiones. La terminología rica pero confusa y la ambigüedad de algunas cláusulas en la ley, hace el trabajo de una autoridad de la competencia difícil.

Las autoridades de la competencia promueven y protegen la competencia y la economía, previniendo abusos dentro del mercado, la dominación del mismo, prácticas exclusivas y acuerdos anticompetitivos entre competidores. Por otra parte, los agentes reguladores están a cargo de supervisar los monopolios en servicios públicos y sectores que se caracterizan por la distorsión en la producción y el consumo. Uno de los problemas más serios de la relación entre la agencia de la competencia y otros reguladores es la renuencia para aplicar los instrumentos de la política de la competencia en beneficio del mercado.

La predisposición estereotipada del agente regulador sectorial es asegurar que es el único adecuado para conocer las cuestiones relativas a su sector regulado, incluyendo la competencia, aún cuando esta no sea una prioridad de este regulador sectorial. Auxiliariamente, concurre el contexto en el cual se pretende establecer expresamente la exclusión de la agencia de competencia para conocer estos temas relativos a su sector regulado.

Constan asimismo problemas asociados a jurisdicciones imprecisas entre las autoridades de la competencia y los agentes reguladores de la industria. Los límites entre las funciones de los entes reguladores sectoriales y la autoridad de la competencia son difíciles de definir y en muchos países este problema sigue sin resolverse.

En resumen, debe haber una definición clara del límite jurisdiccional entre la competencia y las agencias reguladoras. Es im-

portante que la competencia y las agencias de la regulación trabajen recíprocamente para reducir sus conflictos institucionales. Por tal motivo, la competencia y las agencias reguladoras precisas actuar eficazmente para fijar un marco institucional que garantice el alcance adecuado de la regulación, la credibilidad, independencia, consistencia política y coordinación institucional entre la competencia y los cuerpos reguladores. Y también resulta esencial que los países en vías de desarrollo examinen más de cerca las experiencias internacionales de regulación y de la competencia antes de desarrollar sus propias estrategias.

CAPÍTULO II

LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS

I. Objetivos de política legislativa

1. Libre competencia como principio básico de un sistema económico de mercado

A) Rasgos generales de una tendencia expansiva

A los efectos de la presente tesis, la expresión “Derecho de la competencia” se refiere a las disposiciones legales (legislación) destinadas directamente a las prácticas anticompetitivas de las empresas que representan obstáculos al funcionamiento eficiente de los mercados, y aplicables a más de un sector de la economía. Por su parte, el concepto de “política de competencia” comprende también dicha legislación, pero puede incluir otras medidas (*v.gr.*, reglamentaciones que fomentan la competencia, medidas de apertura de los mercados y campañas de promoción de las autoridades con el objeto de eliminar determinados obstáculos a la competencia o desarrollar una “cultura de la competencia” de alcance nacional). En realidad, la expresión “política de competencia” se emplea en dos sentidos. En un sentido amplio comprende todas las políticas que se refieren a la competencia en los mercados, en particular la política comercial, la política reguladora y las medidas adoptadas por el Estado para combatir las prácticas anticompetiti-

vas de las empresas, públicas o privadas; mientras que en sentido estricto se utiliza para referirse a las leyes o políticas que regulan el comportamiento anticompetitivo de las empresas¹⁴⁵.

El alistamiento de la política de competencia al bloque de políticas económicas de libre mercado fue un acontecimiento más bien tardío dentro del proceso de reforma económica. Esto se explica, primero, porque en el paquete de políticas económicas de lo que se conoce como el Consenso de Washington la política de competencia no figura como ingrediente fundamental. Este consenso partió del convencimiento, tal vez ingenua, de que la apertura y la desregulación de los mercados, aunados a la privatización de las empresas de gobierno, bastaban para garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados¹⁴⁶.

Constituye la política de competencia un instrumento fundamental para proteger y promover la actividad económica y para asegurar y garantizar la integridad en las actividades del sector privado¹⁴⁷. Tiene como cometido establecer el papel del Estado dentro de la vida económica de la nación, precisando las actividades en las que el Estado estará implicado y cuáles quedarán bajo la esfera propia del sector privado. Además sistematiza debidamente las reglas de funcionamiento para el sector privado, de suerte que

¹⁴⁵ Desde esta perspectiva la política de competencia se manifiesta a través de normas jurídicas, que en su conjunto conforman el denominado Derecho de la competencia, o sea, aquella “rama del Derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público” (J. Witker, *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Santiago de Chile, Ed. FCE, 2000, p. 21).

¹⁴⁶ J. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, W. W. Norton & Company, 2002.

¹⁴⁷ E. Bernard, “L’«activité économique», un critère d’applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation”, *Rev. int. dr. économ.*, t. XXXIII, 2009, 3, pp. 353–385.

éste sirva al mejor interés general. La política de competencia pretende suministrar bienes y servicios a los ciudadanos de un país a los precios sostenibles más económicos y, al mismo tiempo, promover la innovación y el desarrollo, acrecentar la productividad y facilitar la entrada al comercio y la competencia en los mercados internacionales. Una intención accesorias consiste en disminuir las posibilidades de manejar mercados, al prohibir la formación de carteles. Por último, intenta reducir las barreras para que las empresas pequeñas y medianas inicien y expansionen sus negocios. No obstante, los objetivos de la política de competencia no quedan reducidos a lo económico pues incorporan intenciones sociales como la equidad, el bienestar de los consumidores y la mejora de la calidad de vida.

La defensa del principio de libre competencia pretende salvaguardar los principios básicos del sistema económico y a impedir que los acuerdos, concertos y prácticas colusorias de las empresas adulteren o falseen el sistema de libre competencia en el marco de la economía de mercado (*v.gr.*, creando de hecho un monopolio en un determinado sector). Por el contrario, la competencia desleal incorpora como bien jurídico la protección de los derechos de comerciantes, fabricantes y clientes y usuarios respecto a las prácticas ilícitas de otros comerciantes o fabricantes; como, por ejemplo, la utilización de marcas que tiendan a la confusión de un producto con otro, o realizar una publicidad engañosa o meramente negativa respecto a una empresa rival o bien aprovechándose fraudulentamente de la reputación adquirida legítimamente por otro¹⁴⁸. Dicho de otro modo, las normas de libre competencia se

¹⁴⁸ “Lo cierto es que estamos ante un Derecho único, ya que ambos subsectores enmarcan su normativa en una misma libertad constitucional que es la libertad de empresa. Y es que no podía ser de otra forma si se tienen en cuenta que estos dos subsectores del Derecho de la competencia protegen, en definitiva, los mismos intereses: el interés público al mantenimiento de un sistema económico competitivo efectivo y no falseado; el interés de los em-

orientan a proteger el mercado mientras que las normas sobre competencia desleal se orientan a proteger a los particulares¹⁴⁹.

Cuando se parte de la idea de actividad económica como un proceso evolutivo, es inevitable concluir afirmando que las conductas de los agentes no pueden ser valoradas como pro-competitivas o anticompetitivas de conformidad a la situación en un momento determinado, sino que deben ser analizadas dentro de un contexto temporal. Lo que en un momento fijado puede ser considerado una acción restrictiva del comercio que puede muy bien ser una práctica eficiente, desde el punto de vista particular y social, cuando se la considera en un contexto temporal. Una práctica que positivamente limite el comercio en un momento tendrá como consecuencia la elevación de los precios en el mercado o el empeoramiento de la calidad de los productos que, aunque tienen efectos negativos sobre los consumidores, llaman la atención de otros empresarios. Esto es así porque toda conducta que afecte negativamente a los consumidores encarna una oportunidad de ganancia para otros empresarios, que al entrar al mercado pueden aprovechar la insatisfacción de los clientes para introducir sus productos. Consecuentemente, incluso las prácticas consideradas a corto plazo como restrictivas de la rivalidad empresarial pueden dar lugar a mejoras económicas y sociales en el futuro.

El objetivo de una política de competencia es desplegar las capacidades empresariales internas a fin de estimular su inserción positiva en el mercado internacional garantizando la libre iniciativa privada y la igualdad de oportunidades para los diversos actores en el mercado. Dos factores son determinantes para inhibir el

presarios y el interés de los consumidores y usuarios” (cf. J.M. Otero Lastres, “Libre competencia y competencia desleal”, *Abogados*, junio 2007, pp. 36–38).

¹⁴⁹ A.R. Martín Laborda, *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, Ed. La Ley, 2001, p. 89.

desarrollo de capacidades empresariales de las empresas de los países en desarrollo: el costo incrementado de factores de producción, y el entorno institucional adverso al fomento de la creatividad empresarial.

Más del 80 por ciento de los países miembros de la OMC, entre los que se cuentan unos 60 países en desarrollo y en transición, han acogido leyes en materia de competencia, llamadas también leyes “antitrust” o “antimonopolio”. Lo normal es que en estas leyes se prevean medidas correctivas aplicables a una diversidad de prácticas anticompetitivas, por ejemplo, acuerdos de fijación de precios¹⁵⁰ y otros acuerdos de cartelización, abusos de una posición dominante o monopolización, fusiones que limitan la competencia y acuerdos entre proveedores y distribuidores (“acuerdos verticales”) que cierran los mercados a nuevos competidores¹⁵¹.

Con los inicios del siglo XXI el Estado ha asumido en la mayor parte de los países desarrollados nuevas funciones reglamentarias y creado o modificado instituciones de promoción de la competencia y de fomento del desarrollo y del dinamismo empresarial. Esto es coherente con los resultados de diversos estudios que muestran que el éxito económico de un país está determinado a largo plazo, principalmente, por sus instituciones y políticas gubernamentales.

En mercados poco expuestos a la competencia, las empresas enfrentan costos artificialmente elevados respecto de los insumos que utilizan en su proceso productivo, lo cual encarece el precio final de los productos producidos, naturalmente restando competitividad frente a empresas internacionales que no enfrentan dichos costos acrecidos. Este problema es causado por las restricciones

¹⁵⁰ C. Fernández Nóvoa, “La fijación horizontal de precios”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10 (1984–1985), pp. 169–184.

¹⁵¹ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief13_s.htm.

anticompetitivas en los mercados, lo cual resulta en precios artificialmente elevados sobre ciertos insumos protegidos y/o monopolizados. Por ello, una política de competencia busca crear las condiciones institucionales a fin de que las empresas puedan tener una oferta de insumos a bajo precio y de buena calidad.

Por otra parte, la inexistencia de condiciones institucionales de competencia en los mercados genera incentivos improductivos en las empresas, quienes tenderán a desarrollar conductas de “búsqueda de rentas”, en vez de “producción de rentas”. En tal caso, las reglas institucionales “preman” las empresas que empleen sus recursos para hacer cabildeo a fin de obtener privilegios, monopolios y rentas, en vez de aquellas que los destinan a fin de desarrollar sus capacidades empresariales, para generar innovaciones y nuevos productos. El resultado social conjunto de tal escenario es, como cabe esperar, de empobrecimiento colectivo, y de creciente tensión social entre los distintos grupos por la obtención de mayor cuota de renta.

La intervención del Estado en la economía y, en especial, la conveniencia o no de su participación en actividades empresariales, ha constituido siempre materia de intenso debate, el cual inevitablemente ha involucrado posiciones ideológicas antagónicas respecto de cuáles deben ser los principios a partir de los cuales se justifique dicha intervención¹⁵². La literatura económica y jurídica ha abordado el problema de la actividad empresarial del Estado desde múltiples perspectivas, las mismas que van desde el enfoque de economía política (enfoque positivo) o del análisis desde la perspectiva de la organización industrial hasta enfoques empíricos que comparan el desempeño relativo de las empresas estatales y privadas. Las referencias al tema de la subsidiariedad de la activi-

¹⁵² K. Faltlhauser, “La función del Estado en la economía social de mercado”, *Economía social de mercado: coloquio peruano alemán*, Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano Alemana, 1979, pp. 254 ss.

dad empresarial del Estado, son relativamente escasas. La existencia de dicho vacío a nivel académico, en los países de la región y en algunos países industrializados, por lo general, ha estado acompañada en la práctica de la ausencia de criterios rectores que permitan ordenar y disciplinar, de manera efectiva, la actividad empresarial del Estado, estableciendo prioridades y mecanismos de control eficaces. Las políticas de competencia se conciben como un complemento del conjunto de políticas económicas implementadas por los Estados, esencialmente con miras a fomentar la eficiencia y la innovación. El objetivo de este tipo de políticas es evitar las conductas monopólicas, eliminar barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, prevenir las concentraciones que restrinjan la libre competencia y dar estabilidad jurídica a los particulares en sus respectivas actividades económicas¹⁵³.

B) Promoción de la competencia

Por promoción de la competencia se entiende las actividades relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas llevadas a cabo por una autoridad de competencia. Si el objetivo de la defensa de la competencia es promover una mejor asignación de recursos, los métodos utilizados para evaluar la defensa de la competencia son de carácter cualitativo, por lo que su éxito potencial se relaciona con la teoría económica de la regulación¹⁵⁴. La promoción de la competencia debe enfocarse a la eliminación de aquellas prácticas que desalien-

¹⁵³ A. Font Galarza, “Concentraciones y empresas en participación en la nueva economía”, *Derecho de la competencia europea y español*, vol. 1, 1999, pp. 327–338.

¹⁵⁴ Por consiguiente es menester profundizar en cómo los países en desarrollo pueden hacer para que la mayor parte de sus estructuras institucionales avancen en la defensa de la competencia. *Vid.* S.J. Evenett, “Competition Advocacy: Time For A Rethink?”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26, n° 3, 2006, pp. 495 ss.

ten el libre comercio a lo largo del tiempo, por ejemplo limitando indiscriminadamente y por tiempo indefinido el acceso de competidores, y no sólo a concentrarse en aquellas que lo hacen solo de manera temporal. Bien entendido que cuando hablamos de promoción de la competencia nos referimos a aquellas actividades dirigidas por una autoridad en materia de competencia en relación a la promoción de un entorno competitivo para actividades económicas por medio de mecanismos no coercitivos, principalmente mediante relaciones con otras entidades gubernamentales e incrementando la concienciación pública de los beneficios de la competencia. La “promoción” descrita difiere del mecanismo de “aplicación” de la competencia y engloba dos vertientes claramente diferenciadas. De un lado, las actividades de promoción orientadas a entidades gubernamentales específicas y, de otro lado, y las acciones dirigidas de forma más general a generar apoyos para mercados competitivos y la construcción de lo que con frecuencia se denomina “cultura de la competencia” en la sociedad, cuyo propósito es aumentar la comprensión en la sociedad sobre la competencia y sus beneficios, incluyendo a los consumidores, la sociedad civil, el mundo académico y la comunidad empresarial.

Centrándonos en las actividades de promoción de carácter gubernamental, éstas incorporan recomendaciones a los gobiernos sobre cómo las políticas e instituciones públicas interactúan con los mercados y cómo minimizar el impacto de las intervenciones gubernamentales en la competencia. Incluyen la asistencia y recomendaciones de cuestiones sobre la competencia proporcionadas a los tres poderes, aunque el grado hasta el que la autoridad en materia de competencia puede intervenir en las actividades de cualquier poder está restringido por los principios constitucionales fundamentales de un país, especialmente la independencia judi-

cial, soberanía ejecutiva y/o supremacía legislativa¹⁵⁵. Bien entendido que en ocasiones nos podremos encontrar con el peligro de reglamentaciones superfluas y excesivamente burocráticas que, en vez de beneficios para el desarrollo del comercio, actúan como un freno para el ejercicio de los impidiendo de esta suerte el crecimiento y desarrollo económico del Estado.

En principio, la competencia en el mercado es libre, pero la libertad de competencia no ha sido nunca absoluta. El Estado acostumbra a restringir la libre competencia concediendo monopolios directos o indirectos para el ejercicio de ciertas actividades económicas. Las concesiones monopolísticas y las nacionalizaciones de empresas sustraen necesariamente ciertos sectores económicos a la libre iniciativa privada, y las demás medidas de intervención estatal en el terreno económico debilitan siempre, en mayor o menor grado, la libertad económica.

Este Derecho es esencial en las economías de mercado como la mexicana, y más aún, cuando las empresas transnacionales respaldan las marcas más significativas; o los grandes grupos de comunicación que controlan desde editoriales a un amplio espectro de entidades de radiodifusión o de telecomunicaciones. En definitiva, el Derecho de la competencia tiene como finalidad el logro de una productividad eficaz para propagar el bienestar social, evitando abusos de superioridad o prácticas restrictivas.

Las legislaciones y las políticas de competencia son instrumentos imperativos. No obstante que entre éstas hay contrastes, las políticas de competencia son algo mucho más amplio que la sola aplicación de las leyes de competencia. En las políticas de competencia se lleva a cabo, entre otras cosas, la iniciación a la

¹⁵⁵ Office of Fair Trading, *Evaluation of OFT Competition Advocacy* (OFT866), preparado por London Economics, abril de 2010, http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/Evaluating-OFTs-work/oft866.pdf.

competencia de mercados regulados. Estas políticas comprenden aspectos de liberalización, desregulación y privatización, elementos complementarios y necesarios para lograr la eficiencia de dichos mercados. Aunque la desregulación sea apropiada para la competencia, en el caso de sectores habitualmente regulados, la regulación es necesaria para evitar abusos de mercado. En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es la herramienta ineludible para promoverla (para crearla cuando no exista) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural. El mercado tiene muchas ventajas, pero para que éste exista y funcione con corrección, es preciso, en muchos casos, que el Estado cree un sistema jurídico–institucional adecuado. Desde el punto de vista práctico, los resquicios de mercado surgen cuando la cantidad producida o el nivel de consumo de determinado bien o servicio no coincide con el óptimo social y, como consecuencia de ello, el interés particular no se armoniza con el interés general. Si se habla en el contexto de aplicación de la política de competencia de bienestar general no debe hacerse una interpretación restrictiva a los consumidores, sino que debe también tenerse en cuenta a las empresas, ya que son ellas quienes adquieren la mayor cantidad de insumos de la economía (materias primas, mano de obra, servicios de transporte, fletes, seguros financieros, etc.) y las más perjudicadas frente a prácticas anticompetitivas y desleales; de esta manera, la economía en su conjunto, y en particular las empresas, ganan en competitividad. Es cierto que la intervención de los Estados apunta en primer lugar a la promoción de la competencia, cuando esto es posible; sin embargo, si la competencia no es factible por la estructura del mercado los Estados deben intervenir regulando la actividad económica de la manera más eficiente posible¹⁵⁶.

¹⁵⁶ R. Baldwin y M. Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy*

C) Orientaciones generales y particulares

La libre competencia en el comercio ha sido protegida –desde antaño– por diferentes sistemas jurídicos manteniéndose desde tiempos remotos que la justicia no prestaría apoyo para obligar al cumplimiento de cualquier clase de acuerdos privados que tuvieran como objetivo establecer el monopolio, o restringir el libre intercambio. De esta manera, se sostuvo que dichos convenios eran contrarios al orden público de Estado.

El monopolio es, ante todo, un hecho económico, un fenómeno de multivoca valoración según sea el ángulo en el que se sitúe el observador, las circunstancias en que se presente y la legislación que lo rija. Sin embargo, también se estima que el bien jurídico tutelado –la libre competencia– debe ser calificado y limitado a fin de permitir el desarrollo de actividades en la industria o el comercio que solo puedan ser realizadas recurriendo a procesos de concentración de grandes masas de capitales. Está comprobado que las desviaciones más serias que influyen y neutralizan la competencia perfecta proceden de los elementos monopolísticos. Estos originan precios desventajosos, beneficios monopólicos y asignaciones incorrectas costosas de los recursos disponibles. En cuanto a políticas de competencia se debe tener en cuenta algunas recomendaciones generales.

i) El sector empresarial privado debe participar directamente en la negociación gubernamental de la política de competencia. Las negociaciones deben orientarse a la enunciación de principios generales que acopie los consensos sobre los temas sustantivos. Entre otros principios generales se deben considerar los siguientes. Debe protegerse el “interés económico general” respecto de

and Practice, Oxford, Oxford University Press, 1999.

las conductas que signifiquen restricciones a la competencia. El Derecho de la competencia reclama el cumplimiento de estas funciones, a través de un ejercicio activo y acucioso de esas potestades administrativas. En ese sentido, el poder conferido a los reguladores no es ilimitado como tampoco opcional o pasivo. Más aún, dada la naturaleza multidisciplinaria de la política de competencia, el uso de esas facultades regladas, reclaman el apoyo de métodos cuantitativos, que produzcan algo más que decisiones retóricas respecto de la existencia de un incentivo o violación a la competencia, en los efectos de un contrato entre partes privadas.

ii) En la elaboración de la legislación interna sobre la política de competencia, los países deben asegurar, con firmeza y celo, que las disposiciones no se tornen en un obstáculo al flujo de inversiones y ofertas de servicios. Las legislaciones nacionales deben sancionar el abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia, verticales y horizontales; así como el control de fusiones y concentraciones, sobre las base de las distorsiones que los mismos causan sobre los respectivos mercados.

iii) El control de fusiones y adquisiciones se presenta innecesaria en economías donde la política comercial y el desmantelamiento de barreras legales a servicios e inversiones puede introducir una clara disciplina a los agentes económicos locales. Este sería un paquete de medidas que estarían acompañadas, naturalmente, de los controles que pudieran ser necesarios al abuso de una posición dominante, lo que hace irrelevante el control de fusiones, a luz de los costos que entraña. En efecto, cabe notar que el costo de aplicar una política de control a estas operaciones es sumamente exigente en términos de recursos financieros y humanos, lo que suele ser sumamente oneroso a organismos reguladores de la competencia en países con severos problemas deficitarios y de presupuesto. Una revisión administrativa de tales operaciones puede resultar excesivamente compleja, y resultar en la distrac-

ción de la entidad de otras tareas más importantes y eficaces para promover la competencia, como es la evaluación de normas restrictivas (abogacía por la competencia) o el control de carteles y otras conductas restrictivas. Debe notarse además que el riesgo de tales controles es mucho más elevado que en los demás casos, pues se trata de un ejercicio especulativo sobre los efectos hipotéticos que habría de resultar sobre la competencia en el mercado, de permitirse dichas operaciones. Naturalmente, ésta es una tarea sumamente delicada que no merece el esfuerzo de un organismo de competencia. Así, los efectos adversos de impedir operaciones de esta naturaleza pueden entrañar consecuencias nefastas para la reasignación eficiente de activos que de otro modo saldrán del mercado.

iv) De este modo, deberán ser regulados los actos de competencia desleal. Las leyes que regulen la protección de la competencia deben ir encaminadas a trazar reglas precisas respecto de cuándo y cuales actos constituyen un abuso de posición dominante a una práctica anticompetitiva. Deben propenderse a lograr consenso sobre las medidas a adoptar para evitar acciones y decisiones arbitrarias de los agentes económicos, tendientes a asegurar a algunos de ellos la reserva de ciertos mercados. Principios generales que prevean reglas claras y predecibles sobre las fusiones, *joint ventures*, alianzas estratégicas y la integración vertical para que cuando sean aplicadas estas reglas, no funcionen como una barrera al comercio y a la inversión y no obstaculice el crecimiento económico de los países individuales. Debe tenerse presente en todo momento que la negociación es un todo coherente, internamente equilibrado y en consecuencia, los aspectos negociados durante el proceso perfectamente pueden ser reconsiderados por razones técnico-económicas y llevados a la mesa hasta su conclusión satisfactoria. Se deben realizar esfuerzos, a través de mecanismos de cooperación, para que los países adopten o mejoren sus marcos normativos nacionales y subregionales.

Por desdoblado que adoptando estas recomendaciones generales, en cuanto a políticas de competencia, el desarrollo económico en la región se vería altamente resguardado.

2. Aproximación a una noción de libre competencia

A) Carácter multidisciplinar

Múltiples definiciones existen sobre el Derecho de la competencia. Sin entrar en una polémica doctrinal, cabe atender a dos definiciones. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) define al Derecho de la competencia como el cuerpo de leyes y reglamentos encargados de regular las prácticas empresariales¹⁵⁷. Gran parte de los países industrializados empezaron a diseñar o modernizar sus normas en la materia desde de la década de los sesenta y es a partir de los ochenta y noventa cuando los demás países comienzan este proceso. México comenzó su proceso antimonopólico prácticamente con la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica en el año de 1992. Paralelamente el tema de competencia ha ido cobrando relevancia en el marco de foros comerciales multilaterales y regionales, por lo que en ello también se promueve el establecimiento de compromisos de competencia a nivel internacional. Con carácter general puede definirse como la reglamentación que da respuesta a la rivalidad entre los productores, y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ G. Mina y P. Gibbons, *Trade and Competition*, International Trade Research Paper Series, Australian Government Publishing Service, 1995, p. 11.

¹⁵⁸ M.A. Fernández Ordóñez, *La competencia*, Madrid, Alianza, 2000, pp. 175 ss.

Es evidente que hay competencia donde existen varios rivales, pero también a veces no es necesario siquiera que los competidores existan. Por eso se indica que la competencia es un constante estrés, la falta de competencia actúa como un narcótico, mientras que la rivalidad es el estimulante de progreso económico cuando no existe la misma, surge el síndrome de la abstinencia. No solamente existe competencia bajando los precios sino que puede existir aún un precio mayor pero existe una diferente calidad en el bien o servicio así como del trato al cliente. Todo lo contrario sucede allí donde no hay competencia o ésta es escasa: el consumidor está vendido al empresario, con la consecuencia que paga precios mayores a los reales. Como veremos en el Capítulo VI, al examinar diferentes legislaciones de competencia, la ley va a perseguir la represión de prácticas empresariales que restringen o eliminan la competencia y evita prácticas desleales.

La definición puede obtenerse a partir del entendimiento de que el concepto de Derecho de la competencia es un concepto multidisciplinar en el que entran en juego normas jurídicas y normas de carácter económico, sin embargo se podrían establecer principios que guían la aplicación de las diferentes leyes de competencia. La mayoría de los países así como de los autores coinciden en la importancia de respetar los principios generales en la aplicación de sus normas de competencia¹⁵⁹, tales como el “trato nacional”¹⁶⁰ y las “formalidades esenciales del debido procedimiento”, así como observar la Convención o en su caso, la Ley Nacional. El principio de trato nacional establece que los agentes económicos extranjeros tienen los mismos derechos y obligacio-

¹⁵⁹ Comité de Legislación y Política de Competencia de la OCDE. “Rights of Firms Under Competition Law (Synthesis” Doc. N° DA-FEE/CLP/WP(98)23, discussed at the WP3 meeting held in October 1998.

¹⁶⁰ “National Treatment in the Application of Competition Law by Canada, the United States and México”, (Canada) presented at the 1504 Working Group on Trade and Competition, México City, March 1995.

nes que los nacionales, lo cual va a contribuir a promover el comercio y la inversión extranjera. El debido proceso en todas las legislaciones va a consistir en permitir que una empresa que haya violado la Ley Antitrust se le permita llevar a cabo su defensa, lo que en México se denomina el respeto a la garantía de audiencia; por último, hay que observar la Ley Nacional o la Ley Antimonopólica y dependiendo de cada país, y si existe alguna convención internacional, también deberá de cumplirse con la misma y en caso de que no exista norma en el tratado se estará a la legislación *antritrust*.

Existe, sin embargo, otro concepto de competencia según Walter Frisch Philipp¹⁶¹ que toma en consideración dos aspectos, el concepto relativo a situaciones habituales y el concepto relativo a situaciones singulares. El primero de ellos se refiere a que la competencia es la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos a causa del ejercicio de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad del otro. El segundo de ellos, o sea el concepto relativo a situaciones singulares, es la relación de competencia pero desde el punto de vista de similitud de mercancía y clientela. Como podrá observarse, los conceptos son muy amplios para definir al Derecho de la competencia económica.

Mucho se ha escrito desde una perspectiva comparativa sobre la normativa de competencia económica. Sin embargo, no existen definiciones claras sobre de qué trata, a pesar de que sus peculiaridades son evidentes. Con carácter aproximativo la defensa de la competencia puede definirse como una clase de regulación indire-

¹⁶¹ W. Frisch Phillip, *Competencia desleal*, 2ª ed., México, Ed. Oxford-Harla, 1996, pp. 6 ss.

cta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí. A su vez, se ha discutido si las normas de defensa de la competencia merecen o no autonomía, como una rama propia del Derecho y al discutirlo se comenta que estas normas tienen puntos de contacto con el Derecho penal (por la tipificación de conductas delictivas), con el Derecho civil (por el régimen de responsabilidad civil por la generación de un daño), con el Derecho mercantil (por ser las conductas que se sancionan llevadas a cabo normalmente por empresas) y hasta con el Derecho administrativo (según cual sea la autoridad de aplicación). El aspecto más interesante es que varias ramas del Derecho deben considerarse cuando se analizan estas normas, y que el apoyo de nociones económicas es sencillamente imprescindible.

B) Políticas de comportamiento y políticas estructurales

En el Derecho comparado existen dos formas de llevar a cabo la defensa de la competencia. Dichos mecanismos se conocen bajo los nombres de “políticas de comportamiento” y “políticas estructurales”.

i) Las políticas de comportamiento son la forma más tradicional y consisten en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas; dichas sanciones pueden consistir en ordenes de cese de determinadas conductas, multas o – en algunos países y para algunas jurisdicciones – indemnizaciones o penas de prisión. Comprende todas aquellas políticas que están orientadas a la detección de actos, conductas y todo aquel comportamiento restrictivo o que implique un abuso de posición dominante en los mercados.

ii) Las políticas estructurales, en cambio, son un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan acciones nocivas, y consiste esencialmente en el control previo de concentraciones económicas. Están dirigidas hacia las estructuras, que son las encargadas en definitiva de llevar a cabo las conductas y comportamientos o bien ejercer en forma abusiva una posición de dominio. Con este tipo de políticas se busca lograr una modificación en la configuración de los mercados de bienes y servicios, a través de medidas que tiendan a incrementar el número de agentes económicos que actúan en un mercado. Este tipo de política tiene lugar a través de: el control de adquisiciones y fusiones y las escisiones y desmembramientos empresariales.

Muy sumariamente, la competencia consiste en la actuación simultánea de una pluralidad de agentes en el mismo mercado, ocupados en vender, comprar, etc., los mismos bienes o servicios. En consecuencia, los elementos que integran la definición de la libre competencia son la pluralidad de sujetos económicos, la actividad desarrollada por éstos en forma simultánea y la oferta o demanda de productos o servicios similares sobre el mismo mercado.

La capacidad de compra de los consumidores es limitada y cada transacción realizada por un agente constituye la oportunidad perdida para los demás. En cualquier mercado podemos encontrar situaciones de competencia perfecta o imperfecta.

En todo caso, el bien tutelado por las políticas de competencia es el mercado, a través de dos acciones: la promoción y la protección de la libre competencia, entendida como la libertad de los oferentes y demandantes de entrar o salir del mercado, sin posibilidad tanto individual o colectivamente de imponer condiciones en sus relaciones de intercambio.

Existen diversas formas de promoción y protección de la libre competencia, a través de mecanismos más o menos flexibles, de

acuerdo a lo previsto en la legislación respectiva, así como en los criterios utilizados por la autoridad de competencia encargada de su manejo. En este sentido, se entiende que una política de competencia es rígida cuando se aplican criterios estrictos como por ejemplo controles *ex ante*¹⁶² y obligatorios de operaciones de concentración económica, la aplicación de reglas *per se* para acuerdos entre competidores para la fijación de precios y/u otras condiciones de comercialización, para la repartición de clientes o zonas geográfica o para la fijación de cantidades producidas u ofrecidas en el mercado¹⁶³. Asimismo, se presenta este supuesto cuando la

¹⁶² Por ejemplo, en Corea, la Comisión de Comercio Justo de Corea (KFTC) persigue un enfoque doble para la promoción hacia regulaciones gubernamentales restrictivas. El análisis *ex ante* es la opción preferida. Con respecto a las restricciones contenidas en la legislación pendiente, cualquier ministerio gubernamental que desee promulgar o enmendar leyes que puedan tener efectos anticompetitivos necesita consultar con la KFTC con antelación. La KFTC tiene entonces la oportunidad de abogar a favor de soluciones más competitivas. A 1 de enero de 2009, los ministerios necesitaron realizar una evaluación de impacto de la competencia de la legislación pendiente e informar tanto al Comité de Reforma Regulatoria (RRC) y a la KFTC. El RCC es un órgano de alto nivel compuesto por miembros gubernamentales y civiles, incluyendo el Presidente de la KFTC, que, *inter alia*, determina la dirección de la política reguladora y evalúa las propuestas reguladoras. La KFTC evalúa el impacto competitivo potencial de las leyes propuestas y presenta su opinión al ministerio relevante y a la RCC, que utiliza la opinión de la KFTC como material de referencia para revisar la propuesta.

¹⁶³ En 1999 se presentó ante el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (CADE) la fusión de dos importantes empresas productoras de cerveza de Brasil, Antártica y Brama, que formarían una nueva firma llamada AmBer. Esta fusión generó varias controversias sobre sus posibles efectos anticompetitivos. En este caso es relevante señalar el contexto del mercado internacional, en el que se presentó la operación de concentración económica. En los 10 años previos se había incrementado significativamente la concentración del mercado internacional de cerveza y numerosas fusiones y adquisiciones habían transformado a un sector desconcentrado en otro, que podría caracterizarse como un oligopolio global dominado por menos de 20 empresas con presencia internacional. Surgieron controversias alrededor del caso AmBer, ya que un grupo contrario a la operación consideraba que la participación de mercado de la firma luego de la fusión era perjudicial para la

agencia de competencia encargada de su diseño e implementación tiene potestades de investigación y sanción suficiente para imponer sanciones onerosas a los agentes económicos que incurran en ellas.

Por oposición, se entiende que una política de competencia flexible correspondería a la aplicación de controles *ex ante* de operaciones de concentración económica no – obligatorios, la aplicación de criterios más laxos en la evaluación de presuntas restricciones a la competencia, como el caso de permitir posiciones de

competencia, y otro grupo favorable sostenía que ésta fortalecía la presencia internacional de la empresa. La participación de las empresas en el mercado nacional de cerveza era la siguiente: Skol 33% aproximadamente, Brahma 22%, Antártica 15%, Kaiser 14%, Schincariol 9% y el resto eran competidores de menor tamaño. El mercado de cervezas fue considerado por el CADE como un oligopolio de productos diferenciados, con un nivel razonable de rivalidad en precios y publicidad, sumado a altas barreras a la entrada. Estas barreras se presentaban por el difícil acceso a los canales de distribución y por los costos hundidos de publicidad necesarios para el desarrollo de una marca. El CADE concluyó que, a pesar de las ganancias competitivas derivadas del incremento en cantidad y calidad de la cerveza producida y el desarrollo tecnológico, la operación aumentaba el poder de mercado de las empresas involucradas. La agencia tuvo en cuenta también que estos efectos negativos no serían contrarrestados con la entrada de nuevas empresas por las barreras al mercado mencionadas. El CADE estableció un condicionamiento de tipo estructural, y ordenó la desinversión de algunos activos de las empresas junto con una cláusula de comportamiento. Estos condicionamientos fueron: 1) la venta de la marca Bavaria; 2) que se compartiese el sistema de distribución por un período de cuatro a seis años, y 3) la desinversión de una planta productora en cada una de las cinco regiones del país. El principal objetivo de este condicionamiento fue posibilitar la entrada de un nuevo competidor al mercado de producción de cervezas, sin tener que incurrir en el costo de generar su propia distribución y su propia marca. Sin embargo, al realizar una evaluación *ex post* del mercado brasileño de cerveza, no se observan cambios significativos en las participaciones de las empresas. En 2004 las participaciones fueron: Skol 31%, Brahma 22%, Nova Schin 15%, Antártica 14%, Kaiser 12% y el resto se distribuye entre otros competidores. La concentración del mercado tampoco se modificó significativamente, ya que en 2001 el IHH era de 5.153 puntos y en 2004 de 4.908 puntos.

dominio, mas no su abuso o permitir ciertos acuerdos entre competidores que se traducirían en el aprovechamiento de ciertas eficiencias asignativas y por ende, en aumentos en el bienestar de los consumidores.

3. Razón de ser del Derecho de libre competencia

A) Delimitación

Los acuerdos y prácticas restrictivos de la competencia no están exentos de significativos precedentes en el Derecho civil, desde los acuerdos que limitan el ejercicio de facultades profesionales y comerciales, hasta las combinaciones para alterar los precios en los mercados. Sin embargo, no será hasta después de la Sherman Act (1890) de EE UU el momento en el que se inicia el desarrollo de un Derecho y una política de la competencia con entidad propia¹⁶⁴. En efecto, el Derecho de la competencia, entendido en términos actuales, tiene su origen en EE UU con la redacción del *Sherman Act* de 1890, por los excesos perpetrados por las empresas ferroviarias dedicadas al transporte de mercancías¹⁶⁵. Y es fruto de una corriente de economistas que desarrollan una importante construcción teóricas en los años cincuenta. Paralelamente en el Derecho comunitario europeo se precisa un estudio exhaustivo de los art. 81 y 82 TCE, así como de las restricciones horizontales de precios, divisiones geográficas horizontales del mercado, restricciones en la producción, *joint venture*, etc¹⁶⁶.

¹⁶⁴ C. Fernández Nóvoa, “Un hito en la historia del Derecho de la competencia: centenario de la *Sherman Act*”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 13, 1989–1990, pp. 675–680.

¹⁶⁵ M^a C. Navarro Suay, “La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos”, *RDM*, n^o 253, julio–sept., 2004.

¹⁶⁶ L. Idot, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruselas, Bruylant, 2004.

Ahora bien, el concepto “política de competencia” es más amplio que el concepto de “ley de competencia” o “ley antimonopolio”. La “política de competencia” comprende las iniciativas gubernamentales, cuerpo normativo y acciones de gobierno que persiguen proteger o reforzar el proceso competitivo de los mercados en los que dicho proceso es parcial, disminuir el poder de las firmas dentro de un mercado, en la medida en que dicho poder contradiga conductas competitivas y, por último, prohibir acuerdos que permitan a los competidores existentes o potenciales asumir conductas anticompetitivas. El resultado es el incremento de la eficiencia económica, que en general se revierte en un incremento del bienestar de la sociedad en conjunto. La política de competencia, se articula con otras políticas económicas que han procurado el establecimiento de una economía de mercado en Latinoamérica, tales como las políticas que fomentan el comercio exterior y la inversión extranjera. Así el Derecho de la competencia materializa las políticas de competencia que han cobrado fuerza en América Latina y en general en todo el mundo, y puede entenderse, muy sumariamente, como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público”. La defensa del interés público es el argumento básico para la existencia de la propiedad pública. En el caso de la privatización de un monopolio natural, la regulación debe existir para limitar el poder de mercado de la nueva empresa privada y evitar las consecuencias negativas de su comportamiento (fijar precios elevados, baja calidad, escasez de productos)¹⁶⁷.

Antes de analizar el contenido de las normas de libre competencia en Latinoamérica y el Caribe resulta aconsejable que se

¹⁶⁷ A. Mattoo, “Can no Competition Policy be Better than some Competition Policy?”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, n^{os} 1–2, 2001, pp. 55–77.

describan sucintamente las razones que ha expuesto la teoría convencional que justifican que los Estados incentiven y protejan la competencia entre las empresas a través de las leyes de libre competencia.

La competencia es un poderoso incentivo que estimula a las compañías a comportarse de tal forma que beneficia a todos los consumidores, es decir, a toda la sociedad. Este incentivo hace que las empresas "... respondan con mayor rapidez a los mensajes del mercado; mejoren la calidad de las mercancías y servicios que proporcionan; atiendan mejor a las necesidades de los consumidores mediante la innovación y la investigación y el desarrollo, y proporcionen suministros en cantidad proporcionada a la demanda"¹⁶⁸. Los beneficios de la competencia y más específicamente de la eficiencia son la causa de que la apertura de los mercados sea una tendencia mundial.

La prosperidad de cualquier nación depende directamente de la productividad y de la competitividad, lo que justifica que los gobiernos se esfuercen para que en las economías de sus respectivos países prime un ambiente de competitividad que impulse una mayor producción y un mayor crecimiento económico. No en vano, la competitividad de los países determina su capacidad para colocar productos en el mercado mundial y lograr una alta rentabilidad en las transacciones internacionales. La existencia de una política de promoción a la competencia activamente aplicada ha probado ser una de las variables más fuertemente asociadas al crecimiento del PIB per cápita, incluso en naciones en desarrollo. Finalmente, la competencia permite que las empresas de Latinoamérica se fortalezcan para competir en el mercado mundial. Al incrementar la

¹⁶⁸ UNCTAD, "La Política de la Competencia y las Prácticas Comerciales restrictivas", *Boletín*, n° 20, Junta de Comercio y Desarrollo, Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, TD/B/RBP/ INF. 36, 29 de enero de 1996.

producción puede haber mayor empleo y se puede aumentar el nivel de vida de las personas debido a los mayores ingresos que perciben.

Incluso en las economías de mercado más desarrolladas, la liberación no siempre es fácil de alcanzar como poner de manifiesto las cuantiosas experiencias de privatizaciones fracasadas en diversas áreas geográficas, demostrando que en ocasiones el remedio puede ser tan perjudicial como la situación que trata de superarse. Diversos ejemplos liberalización ofrecen oportunidades útiles para que una autoridad en materia de competencia se dedique a la promoción con agencias gubernamentales. Una intrusión *ex ante* puede impedir la necesidad de una intervención posterior mucho más generalizada con el propósito de corregir los fracasos del mercado consecuencia directa de una regulación inapropiada.

B) Proyección en América Latina

La competitividad de los países determina su capacidad para colocar productos en el mercado mundial y lograr una alta rentabilidad en las transacciones internacionales. El comercio internacional es de suma importancia para países, como los latinoamericanos, cuyos mercados son pequeños y de baja capacidad adquisitiva. La promoción de las exportaciones fue la clave para la transformación de las economías eminentemente rurales de los países del Sudeste Asiáticos en los años sesenta a las economías altamente industrializadas de hoy en día.

En gran parte de los países en América Latina, las propiedades estatales y la regulación centralizada de precios ha sido la regla general. La aplicación de las reglas de competencia en América Latina es un elemento importante del desarrollo económico y de la integración regional de aquellos mercados. Allí donde existe seguridad jurídica y certeza de su aplicación, los riesgos de conflictos comerciales y políticas de defensa comercial se reducen considerablemente. El funcionamiento del mercado requiere la garantía

por parte del Estado de varios derechos tales como el derecho de propiedad, derecho de libre empresa, libertad para escoger profesión, libertad de asociación y libertad de competencia económica, entre otros. Esta libertad de competencia económica se debe entender como la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. Sin embargo, esta libertad de competencia puede ser restringida tanto por el Estado como por los particulares. El Estado la puede restringir de varias formas, por ejemplo, mediante regulaciones sectoriales, monopolios estatales y derechos de propiedad industrial. En las legislaciones de Latinoamérica, este tipo de restricciones no contravienen las normas de competencia, se consideran legítimas por su protección a bienes jurídicos de interés general. Para algunos economistas, una aplicación errónea de las normas libre competencia también puede ser contraproducente.

Los agentes del mercado también pueden restringir la competencia de tres maneras: mediante el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas y la competencia desleal. Éstas, a diferencia de las acciones del Estado, infringen las normas antimonopolio. Según el profesor Miranda, las restricciones “surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio”. El Estado desempeña tres funciones esenciales con respecto a la economía: fomentar la eficiencia y el crecimiento, la estabilidad macroeconómica y la equidad. Según la teoría económica convencional, para fomentar la eficiencia el Estado debe corregir las denominadas “fallas del mercado” que se presentan con frecuencia en la economía, en este caso las prácticas restrictivas y desleales. En térmi-

nos generales son los países menos desarrollados los que presentan más fallas en comparación a los países industrializados¹⁶⁹.

No obstante, las condiciones para que un mercado sea “perfecto” son muy estrictas y por esto que se ha dicho que esta forma de mercado tan solo existe en la teoría¹⁷⁰. Según la teoría económica convencional para que un mercado sea “perfecto” este debe cumplir los siguientes presupuestos: a) un número plural de oferentes “...motivados por su interés personal y que actúan para maximizar su utilidad”; b) un número plural de compradores que también están motivados por el interés personal y que actúan para maximizar su utilidad; c) donde los vendedores solo pueden reaccionar pasivamente ante un precio determinado por el mercado; d) los bienes ofrecidos son homogéneos o estándar; e) tanto compradores como vendedores tienen información completa sobre los precios los productos y las transacciones; f) no hay barreras de entrada ni de salida en el mercado para los consumidores y productores¹⁷¹; g) “los recursos se sujetan a un régimen de propiedad privada cuyos derechos estén claramente definidos y asignados”; h) donde hay un sistema judicial que hace cumplir la ley, los contratos y especialmente los derechos de propiedad; e i) ningún vendedor es suficientemente grande para afectar el precio mediante el incremento o el decrecimiento de su producción, es decir, los agentes económicos son simples tomadores de precios o precio – aceptantes.

Es resumen, en un mercado “perfecto”, ninguna empresa o consumidor es suficientemente grande para influir en el precio de

¹⁶⁹ H. Eyzaguirre, “Políticas de competencia en países menos desarrollados”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, pp. 43–50.

¹⁷⁰ A.J. Meese, “Market Failure and Non-Standard Contracting: how the Ghost of Perfect Competition still haunts Antitrust”, *Journal of Competition Law & Economics*; vol. 1, n° 1, 2005, pp. 21–95.

¹⁷¹ L.A. Velasco San Pedro, “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n° 6, 2010, pp. 13–36.

mercado. Cuando alguna de las condiciones descritas está ausente o cuando algún agente del mercado puede influir en el precio del mercado, el mercado será “imperfecto”.

Teniendo en cuenta lo anterior, las conductas jurídicamente relevantes para el Derecho de la competencia que son aquellas que tienen influencia directa en la estructura del mercado en una forma diferente a como ocurriría en condiciones de libre competencia¹⁷². No obstante, en todas las economías de mercado, la mayoría de las industrias tienen algunos elementos significativos de la competencia imperfecta. Esta idea, señala una paradoja: en la medida en que todos los mercados tengan algún grado de “imperfección” en teoría el Estado siempre estaría legitimado para intervenir en dicho mercado por medio de las leyes de libre competencia. Semejante situación es uno de los argumentos para criticar la aplicación de legislación de competencia. Además, también existen razones no económicas que hacen indeseable una estructura económica monopolística. Entre otras, la concentración excesiva de la riqueza, la concentración de las decisiones económicas en el país en pocas personas y la gran influencia política que puede derivar en corrupción.

Los objetivos de las políticas de competencia han sido fuente de debate en su desarrollo en EE UU y Europa. Las legislaciones de América Latina establecen un listado de objetivos que persigue su normativa, que generalmente incluye la eficiencia, el bienestar del consumidor, la equidad, la competencia en sí misma y el progreso

¹⁷² En un *Peer Review* realizado para la OCDE se establece: “2.3 [...] La vía judicial es la pertinente para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la conducta anticompetitiva, mediante un proceso de carácter ordinario de responsabilidad civil. Estos procesos pueden ser acciones individuales o acciones de grupo (*class actions*). Los aspectos sustantivos y procesales de las demandas por daños y perjuicios por conducta antimonopolio están regulados por las reglas generales de la responsabilidad civil”. <http://www.oecd.org/dataoecd/33/12/44111213.pdf>.

técnico. Los objetivos mencionados se relacionan de tal forma que se puede afirmar que la finalidad última de las normas de libre competencia es el beneficio del consumidor. La eficiencia, en el mercado competitivo, se logra a través de mejores procesos productivos, a través de desarrollo de nuevas tecnologías, lo que se traduce en mejor calidad, más productos y precios más bajos para todos los consumidores. La necesidad de una política de competencia en América Latina en los siguientes términos: es evidente en el contexto de los objetivos de política pública asociados con el mercado, como eje rector del proceso de creación y asignación de riqueza de una economía. En concreto, dicha política busca establecer los instrumentos necesarios para generar las condiciones institucionales y de entorno necesarias a fin de inducir los cambios de conducta empresarial requeridos para hacer la adaptación a la economía de mercado fluida, no traumática, y capaz de ofrecer a los países que por vez primera apuestan a ella una oportunidad real de construir capacidades empresariales capaces de triunfar en el contexto de la globalización.

Otra justificación para la ejecución de una legislación de competencia es la escalada de integraciones que se ha dado en la economía mundial desde la década de los noventa. En el caso de Latinoamérica, estas se han dado en gran medida como una estrategia defensiva de las empresas frente a la competencia que deben enfrentar con las grandes firmas multinacionales. Las fusiones y las adquisiciones son mecanismos para reorganizar y reestructurar el mercado, con efectos positivos o negativos sobre el bienestar de la comunidad. Serán positivos cuando crean sinergias y economías a escala que mejoran la eficiencia y reducen costos de producción. Serán negativos, cuando la restricción de la competencia generada por la operación sea mayor que los beneficios que podría generar, especialmente si las empresas posteriormente abusan de la posición de dominio en el mercado que es generada por la fusión. No sobra advertir, que no todas las fusiones crean una posición domi-

nante en el mercado y que no en todos los países se sanciona la adquisición de la posición dominante *per se*¹⁷³.

¹⁷³ Es importante agregar que la reciente tendencia internacional se caracteriza por la fusión de empresas aéreas, formando alianzas internacionales. Esto obedece al objetivo de permanecer en la industria por parte de las empresas menos eficientes, y a la búsqueda de nuevos mercados. Sin embargo, también ha habido situaciones donde tales fusiones han representado una pérdida de bienestar para el consumidor. El problema en estos últimos casos radica en una regulación que en lugar de buscar fomentar la competencia, creando las condiciones necesarias para la libre entrada y salida de empresas, más bien ha tratado de regular al monopolio, lo que según los criterios conceptuales y las experiencias internacionales, difícilmente se ha logrado con éxito o a un bajo costo para el erario. Vid. A. Tijerina, “Experiencias con la desregulación de la industria aérea: perspectivas para México”, CADE, México, mayo de 2000.

II. Rasgos característicos del Derecho de la competencia

1. Contenido

A) Contenido estricto

Lo que se denomina Derecho de la competencia ha cambiado mucho (y sigue cambiando consecutivamente) en los últimos tiempos paralelamente a los cambios sociales y económicos. Su regulación insuficiente y la carencia de atención hasta hace poco lo han convertido durante muchos años en un gran desconocido que, no obstante, se convierte en factor fundamental para las relaciones en los negocios de hoy¹⁷⁴. Está integrado por un conjunto de normas, políticas e instituciones, que configuran el sistema de defensa de la competencia que, articulado bajo una formulación jurídica, tiene por objeto la protección de un bien de interés público como es el bienestar económico de la sociedad. Como puede observarse es una materia que reposa sobre las áreas de conocimiento jurídico y económico, aunque su aplicación ha descansado tradicionalmente en la primera, gozando por ello de un mayor protagonismo, al menos en los ámbitos de aplicación de nuestro entorno más cercano¹⁷⁵.

Dentro de la ciencia jurídica las normas de competencia experimentan una doble incidencia. Por un lado, de la economía que es un área extraordinariamente dinámica y en continuo y acelerado proceso de cambio, tanto en lo que se refiere a sus estructuras, ins-

¹⁷⁴ *Vid.*, por todos, L. Ortiz Blanco, J. Maíllo González-Orús, P. Ibáñez Colomo y A. Lamadrid de Pablo, *Manual de Derecho de la competencia*, *op. cit.*

¹⁷⁵ A. Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2009, pp. 901 ss.

tituciones y mercados, como en lo que respecta a la propia teoría y fuentes de información y conocimiento de los distintos operadores y agentes de decisión. Por otro lado, las realidades y conceptos económicos para los que han de confeccionarse normas específicas en materia de competencia se refieren a cuestiones y problemas con alto grado de complicación, dependencia y retroalimentación circular de causas y efectos, que hacen difícil enfrentarse a ellos de forma eficaz con las simples armas de la intuición y el conocimiento común.

La defensa de la competencia es una pieza fundamental en los sistemas jurídicos de aquellos estados que poseen sistemas económicos basados en los principios de libertad de comercio; precisamente el Derecho de la competencia tiene como fin favorecer el funcionamiento económico del mercado, tratando de prevenir que las empresas concluyan acuerdos que tengan efectos restrictivos, y controlando los actos o conductas realizadas por parte de las empresas con posición dominante, por medio del ejercicio abusivo de tal posición¹⁷⁶. Las normas que regulan la competencia económica tienen como finalidad evitar que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor. Son el conjunto de principios e instrumentos económicos que se utilizan para valorar los efectos de la conducta de los agentes económicos y su impacto sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Sus objetivos son económicos y políticos. Dentro de los primeros está asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular respecto de la asignación de recursos, evitar distorsiones, incentivar la producción, distribución de la riqueza entre los distintos sectores, etc. y respecto de los segundos se encuentra la preferencia por la no

¹⁷⁶ A. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La formación del Derecho de la competencia”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 2, 1975, pp. 61–82.

concentración de poder económico, y la reducción del campo en que la actividad privada puede incidir sobre el bienestar de terceros.

Suariamente, pueden establecerse los siguientes objetivos

i) Promoción de la eficiencia económica. La promoción de la eficiencia económica es el objetivo más conocido y generalizado de la política de competencia. El concepto de eficiencia se define ya sea en términos de excedente del consumidor, o bien de excedente total o de bienestar total. La discusión se limita a diferenciar entre eficiencia estática y dinámica. La primera se refiere a la utilización óptima de los recursos existentes en una sociedad para satisfacer las demandas de los consumidores (eficiencia en la asignación de los recursos), al costo más bajo posible (eficiencia productiva).

ii) Promoción del bienestar de los consumidores. El bienestar del consumidor es un objetivo central de la política de competencia y en varias de las legislaciones más importantes se utiliza como la guía general principal para la aplicación de la ley sobre la competencia. Un criterio fundamental para la aplicación de esa política consiste en determinar si los acuerdos en cuestión tienen un efecto negativo en los precios aplicados y en la serie de opciones ofrecidas a los consumidores, o sobre ambas cosas a la vez.

iii) Promoción del desarrollo económico. Para las economías pequeñas es imprescindible que las políticas se diseñen e implementen con objeto de impulsar el desarrollo económico. En ese sentido, se debe: 1) promover una asignación eficiente de los recursos; 2) proteger el bienestar de los consumidores; 3) prevenir los niveles de concentración excesivos y la consiguiente rigidez estructural; 4) enfrentar las prácticas anticompetitivas de las empresas (incluidas las multinacionales) que poseen una dimensión comercial y afectan particularmente a los países en desarrollo; 5)

aumentar la capacidad de atracción de una economía respecto de la inversión extranjera y apoyar al máximo los beneficios que dicha inversión aporta; 6) ampliar los beneficios de la privatización y de las iniciativas de reforma reglamentaria y desregulación; 7) establecer un centro institucional de coordinación para la promoción de las reformas de política a favor de la competencia y de una cultura de la competencia.

iv) Objetivos adicionales de la política de competencia. Estos objetivos pueden ser significativos desde el punto de vista de las autoridades encargadas de su cumplimiento y de las políticas y legislaciones nacionales, por lo que pueden revestir particular importancia según las circunstancias económicas de cada país. Algunos de los objetivos son los siguientes: 1) promoción de la equidad y la justicia; 2) promoción de oportunidades para las pequeñas y medianas empresas; 3) integración del mercado; 4) promoción del desarrollo tecnológico y de la producción y el empleo nacional; 5) protección del pluralismo económico y político.

B) Contenido amplio

Ahora bien, en un sentido de alcance más amplio de la política de competencia, ésta no debería limitarse a reglamentar la fijación de precios y el poder de mercado; debería incluir, entre otras cosas, la desregulación y la privatización, el comercio leal, las normas de protección de los consumidores, los derechos de propiedad intelectual y los regímenes de comercio exterior, ya que todos influyen en la competitividad de un mercado.

Esta regulación existe porque se parte del supuesto que un mercado competitivo (escenario de competencia perfecta) genera una asignación eficiente de los recursos y confiere claras ventajas a los consumidores tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegu-

rarse clientes y no ver reducidas sus ventas. No siempre los mercados son capaces, por si solos, de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. La intervención estatal debe tener ciertos límites para no distorsionar aún más el funcionamiento de los mecanismos competitivos. La intervención del Estado debe garantizar el funcionamiento del mercado pero no pretender suplantarlo.

Con el objeto de motivar un funcionamiento eficiente del sistema descentralizado de mercado y libre empresa es menester deben establecer una regulación específica sobre la competencia y poner en marcha una política adecuada para la promoción de una competencia efectiva. Ello implica que, de una parte, la competencia no puede ser un proceso exclusivamente regulado por las normas del derecho de propiedad y contratos, deben desarrollarse también unas reglas propias para la disciplina y valoración de los procesos competitivos. Y, de otra parte, debe contarse con la colaboración de autoridades facultadas para gestionar una política de la competencia, velando por la aplicación del Derecho y por el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

2. Inclinación sancionadora

Toda regulación sobre la economía implica una alteración en la distribución de la riqueza de la sociedad. Por eso las economías donde el Estado realiza una fuerte intervención por medio de regulaciones son muy vulnerables al fenómeno de la “captura de rentas o buscadores de rentas”. Los agentes económicos con poder político (v. gr. sindicatos o gremios económicos) tienen fuertes incentivos para presionar a la entidad que establece esta normativa y obtener una rentabilidad que no se deriva de su productividad sino de unas condiciones jurídicas más favorables. Se premia, como explica el autor citado anteriormente, la habilidad para influir políticamente y no la habilidad para producir y comerciar. Cuando la rentabilidad de un negocio no depende de una mayor eficiencia en la producción o en una exitosa publicidad del producto el resulta-

do será una economía poco competitiva. El cambio de cultura de nuestros empresarios radica en que compitan en el mercado en términos de calidad, precio, garantía, cantidad, publicidad leal y no a través de actos o acuerdos que restrinjan el comercio o por medio de su influencia sobre el gobierno para que les sean otorgados privilegios sobre sus competidores.

Aunque el Derecho de la competencia busca la eficiencia del mercado y, por ende, mayor bienestar para el consumidor, es cierto que los sectores menos eficientes se verán perjudicados con esta política. En la medida en que no sean capaces de adaptarse al nuevo entorno competitivo, serán superados por sus rivales e incluso podrán desaparecer del mercado. Como advierte el profesor Joseph Stiglitz, “cada política es buena para unas personas y mala para otras, por lo que debe especificarse cuidadosamente a quién beneficiará y a quién perjudicará”¹⁷⁷.

Por eso es menester que la función que es asignada a las autoridades de la competencia, se centre en que las políticas públicas sean coherentes con los principios de libre competencia y la normativa vigente. Es necesario, por ejemplo, que antes de adoptar excepciones a la aplicación de la normativa estas sean estudiadas rigurosamente de tal forma que no se conviertan en medidas proteccionistas que solo sirvan a intereses particulares. La política de competencia no solo presupone la estricta aplicación de una regulación de libre competencia sino que requiere coherencia de parte de las diferentes autoridades estatales para que sus decisiones profundicen y preserven la transparencia en el mercado.

En los Estados en los cuales la normativa ha sido promulgada recientemente la autoridad de la competencia tiene una importante función educadora y preventiva. Por lo tanto, la autoridad debe

¹⁷⁷ J. Stiglitz, *La economía del sector público*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 22.

realizar todos los esfuerzos necesarios para que los agentes económicos distingan una conducta o un acuerdo legal de uno anti-competitivo. En esa medida, además de realizar todo tipo de gestiones que faciliten la aprehensión de la normativa de libre competencia, es importante que exista una instancia de consulta que abuelva las inquietudes de los agentes económicos.

Las sanciones impuestas por la infracción de las normas de libre competencia deben cumplir la misma función preventiva o disuasoria como otro tipo de pena¹⁷⁸. Así, para que los agentes económicos se vean desincentivados a violar una norma de libre competencia se deben cumplir al menos dos presupuestos: que el monto de la sanción sea superior al descubierto sea suficientemente probable como para que prefiera no arriesgarse¹⁷⁹.

En cuanto al primer presupuesto, debemos advertir que la naturaleza civil, específicamente de carácter pecuniaria, de las penas impuestas por la violación de normas de libre competencia es una tendencia global. No consideramos que sea acorde con el Derecho penal moderno la imposición de penas privativas de la libertad para este tipo de infracciones. El Derecho penal debe ser un Derecho de última *ratio*, reservado para proteger determinados bienes jurídicos y conductas que son demasiado lesivas para la sociedad. Los sistemas sancionatorios que son aplicados hoy en día pueden clasificarse en tres clases:

i) Multas fijas: Generalmente estas sanciones son fijadas en unidades económicas que mantienen un valor constante, como los “salarios mínimos”. Puede consistir en una sanción única o la sanción puede ser calculada entre un rango mínimo y máximo de

¹⁷⁸ Vid. la obra colectiva, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia* (S. Martínez Lage y J. Petitbó, eds.), Madrid, M. Pons, 2008.

¹⁷⁹ R. Allendesalazar Corcho, “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *ibíd.*, pp. 17–36.

acuerdo a la gravedad de la conducta y a los criterios de graduación previamente definidos por la jurisprudencia o por la normativa. La ventaja de estas multas es la facilidad para determinarlas y aplicarlas. La crítica a este sistema es que debido al diferente tamaño de las empresas, una misma multa que podría obligar al cierre de una empresa pequeña mientras que podría ser insignificante para una empresa de gran tamaño.

iii) Multas variables. Otro sistema usado, por ejemplo por la UE y por la CAN, es establecer multas variables que se calculan con base en los ingresos o activos de los agentes económicos infractores. También se ha establecido sistemas en los cuales la sanción se proyecta con base en el cálculo de “ganancia ilegal” que obtuvo el agente económico a través de la infracción. La crítica a este sistema es la dificultad de calcular la multa y la ventaja es que es proporcional al tamaño del agente económico.

ii) Mixtos. Contienen una mezcla de multas fijas y multas variables dependiendo del tipo de práctica realizada.

3. Propensión extraterritorial

A) Antecedentes

El antecedente más antiguo de aplicación extraterritorial proviene de un caso de 1911 (*United States v. American Tobacco Co*)¹⁸⁰, en el que el poder judicial estadounidense sostuvo una concepción amplia del concepto de jurisdicción a fin de desarmar un cartel internacional formado y operado en el extranjero, pero con efectos en el mercado estadounidense. Desde entonces, múltiples han sido los casos en que la aplicación de la concepción am-

¹⁸⁰ *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 1911.

plia de jurisdicción contradujo legislaciones extranjeras, que no penalizaban las conductas que los EE UU sí pretendían sancionar. Esta actitud se exacerbó en los años 60, cuando en un fallo de la Corte Suprema (*Continental Ore v. Union Carbide & Carbon Corp.*¹⁸¹), se entendió que la ley antitrust del país norteamericano puede ser aplicada en contra de actividades privadas que obstaculicen en el exterior, el acceso de firmas privadas estadounidenses a mercados extranjeros. En el Derecho norteamericano existen dos posiciones respecto a la competencia de las autoridades de los EE UU en el Derecho antitrust. De un lado, la teoría de la aplicación estrictamente territorial de las leyes antitrust¹⁸² – y la teoría según la cual el efecto es parte del acto criminal y que teniendo lugar el efecto dentro del territorio de los EE UU, el acto mismo está dentro de su jurisdicción¹⁸³; precisamente esta última doctrina ha sido seguida desde el año 1945 por el Tribunal Supremo de los EE UU¹⁸⁴.

Algunos países afectados han considerado que esta “intromisión” de los EE UU es inadmisibles, en tanto estos países no sancionan esas conductas desde su propia legislación, y aún más

¹⁸¹ *Continental Ore v. Union Carbide & Carbon Corp.*, 370 US 690, 1962.

¹⁸² Defendida por el juez Holmes en la sentencia *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S.347(1909).

¹⁸³ Posición defendida por el juez Hand en el asunto *ALCOA –United States v. Aluminium Company of America*, 148F.2d 416(2nd Cir.1945); en esta última decisión el juez Hand afirmó que la *Sherman Act* incluía en su ámbito los acuerdos internacionales y otros convenios en el sector del comercio, cuya intención fuese la restricción del comercio exterior de los EE UU y que hubiesen restringido este comercio.

¹⁸⁴ E. Fox, “Extraterritoriality and Antitrust– is Reasonableness the Answer?”, en B. Hawk (ed), *US and Common Market Antitrust Policies*, Nueva York, Matthew Bender, 1987, pp.51 ss; J. Griffin, “Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Law”, *Antitrust L.J.*, vol. 67, 2000; J. McNeil, “Extraterritorial Antitrust Jurisdiction:Continuing the Confusion in Policy, Law and Jurisdiction”, *Cal.W. Int'l.L. J.*, vol. 28, 1998, pp. 425 ss.

cuando en la misma legislación estadounidense existen múltiples y cuestionables excepciones a las reglas antitrust generales. Los EE UU, por su parte, justifican esta “intrusión” en asuntos extranjeros pues las conductas anticompetitivas o desleales extranjeras estarían afectando a productores y consumidores estadounidenses.

No han sido sólo los EE UU los que aplican su legislación a firmas en el extranjero. En el Reino Unido y en Canadá, por ejemplo, se ha limitado la aplicación de la “inmunidad soberana” en los conflictos comerciales; también con esta base los EE UU han rehusado dejar de lado el caso antitrust contra la OPEP. Como contrapartida, países como Australia o el Reino Unido protegen a las firmas domésticas de ser castigadas por legislaciones antitrust extranjeras; por ejemplo, Australia autoriza al fiscal general a litigar para recuperar los pagos por daños de firmas domésticas en casos antitrust en el exterior

B) Territorialidad y extraterritorialidad del Derecho de la competencia

Al multiplicarse las normas nacionales, también aumenta el riesgo de que tengan efectos extraterritoriales no deseados¹⁸⁵. Esta aplicación extraterritorial de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia plantea problemas de Derecho internacional público porque suscitan la delicada cuestión de los límites de las competencias soberanas de los Estados. La doctrina jurídica distingue dos manifestaciones de la soberanía del Estado: la competencia legislativa o poder de dictar leyes (*iurisdictio* o *legislative*

¹⁸⁵ Vid. con carácter general, O. Casanovas y la Rosa, “Los efectos extraterritoriales de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 124, 1972, pp. 191–217; C. Otero García-Castrillón, “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 212, 2001, pp. 34–56.

jurisdiction) y la competencia de la ejecución, o poder de aplicar las leyes con inclusión de la coerción (*imperium* o *enforcement jurisdiction*)¹⁸⁶. Aunque la competencia legislativa puede ser muy amplia y extenderse a conductas realizadas fuera de los límites territoriales del Estado, la competencia de ejecución es, desde el punto de vista del Derecho internacional, mucho más restringida y, salvo contadas excepciones, se halla circunscrita a los límites territoriales del Estado. Al regular conductas de sujetos de terceros Estados realizadas en el exterior, las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia no plantean especiales problemas en la medida en que suponen exclusivamente el ejercicio de la competencia legislativa. Sin embargo, al incluir dichas leyes la obligación del suministro de informaciones, la posibilidad de realizar investigaciones y la adopción de medidas de verificación, despliegan una panoplia de actuaciones administrativas cuya aplicación implica también el ejercicio de la competencia de ejecución. Estas actuaciones pueden realizarse a través del servicio de correos mediante el envío de cartas en las que se solicitan a empresas extranjeras los datos necesarios para determinar si su conducta cae dentro del ámbito de la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia. Pero si los Estados afectados manifiestan u oposición al suministro por sus empresas de informaciones a autoridades extranjeras, o si se trata de realizar actividades administrativas de inspección o de obtención de pruebas en el extranjero, es inevitable el conflicto de jurisdicciones (*clash of jurisdictions*)¹⁸⁷. Para la realización de estas actividades administrativas o judiciales en el extranjero es indispensable la colaboración de las autoridades del lugar o, por lo menos, su autorización. Los problemas que se

¹⁸⁶ F. A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, vol. 111 (1964-1), p. 13.

¹⁸⁷ P. J. Kuyper, "European Community Law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 33, 1984, pp. 1013-1021.

presentan son complejos porque, en primer lugar, no siempre está claro si un acto forma parte de la competencia legislativa o de la competencia de ejecución y, además, porque las propias normas de Derecho internacional público tampoco ofrecen en muchos casos un criterio claro de en qué supuestos los Estados pueden válidamente ejercer una competencia paralela¹⁸⁸.

Las leyes nacionales no son neutrales en lo que se refiere al lugar donde se originan los beneficios y costos de la eficiencia, sobre todo cuando son más importantes los intereses de algunos grupos socio-económicos (los agricultores de la UE, por ejemplo, o los productores de textiles en los EE UU, al establecer restricciones a las importaciones más competitivas) que los intereses de todos los consumidores de ese país (que se verían beneficiados por importaciones más baratas). La aplicación extraterritorial de la normativa de libre competencia por EEUU y más recientemente por la UE ha sido justificada en lo que han llamado “teoría o doctrina de los efectos”¹⁸⁹. La doctrina consiste en que los Estados

¹⁸⁸ W. Meng, “Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts”, e R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10 (1987), pp. 155–162, y P. M. Roth, “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interest”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, págs. 245–286.

¹⁸⁹ E. Friedel, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, París, LGDJ, 1994. Esta doctrina se desarrolló bajo la ley *antitrust* de los Estados Unidos, así como de la República Federal Alemana y ha sido adoptada gradualmente en un sinnúmero de decisiones en la Unión Europea. La Comisión Europea ha derivado esta doctrina del principio de territorialidad, propio del derecho internacional público, que permite a cada nación, someter a su jurisdicción, las conductas que tengan una relación con su territorio. La infracción de un principio fundamental, en este caso el principio de una competencia libre y exenta de distorsiones, en el territorio de la Unión, mediante una conducta restrictiva, es considerado como una base suficiente para ejercer la jurisdicción. De acuerdo con la teoría de los efectos, un Estado puede prohibir las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por partes ubicadas en el exterior, siempre y cuando dichas prácticas causen efectos anticompetitivos en su territorio.

tienen jurisdicción sobre las prácticas realizadas por empresas que están por fuera de su territorio –tanto nacionales como extranjeras– que producen efectos anticompetitivos en sus mercados.

A partir de aquí una práctica o una transacción puede ser investigada por varias jurisdicciones y en la medida en que existe ningún tipo de colaboración el proceso será muy gravoso tanto para las autoridades como para los particulares. Entre las dificultades se incluye la imposibilidad (o dificultad) de la autoridad de competencia nacional de obtener las pruebas de contravención de la ley cuando tal cuerpo de prueba se encuentra en el exterior. Igualmente se considera difícil aplicar una decisión o imponer una multa si los activos se mantienen en el exterior o si existen conflictos de jurisdicción con el país de donde provienen estas empresas y/o si el gobierno ejerce presión”. Mientras no existan tratados multilaterales, por lo pronto, lo mínimo que pueden hacer los Estados es fortalecer la cooperación entre sus autoridades de la competencia. Empezando desde el intercambio de información que no sea confidencial o de carácter reservado hasta solicitar a otro que tome medidas a su discreción, para reprimir actividades contrarias a la competencia que afectan los intereses del país solicitante. De lo contrario, si esta colaboración no existe se presenta un efecto multiplicador en donde los Estados procuran defender sus intereses nacionales, primando, quizás, la ley del más fuerte.

Otra opción para solucionar los problemas que se han descrito es la realización de acuerdos bilaterales en los cuales los Estados acuerdan los lineamientos a seguir en caso de un conflicto (...) con el objeto de evitar las dificultades y excesos que puede implicar un aplicación extraterritorial del derecho de la competencia. En la actualidad existen muchos tratados bilaterales sobre cooperación entre las autoridades de la competencia: EE UU con Australia, con Alemania, con Canadá, con Israel y con la Comunidad Europea; Australia con Nueva Zelanda; y Canadá con la Comunidad Europea etc.

En la UE la práctica de la Comisión de aplicar las disposiciones de los arts. 81 y 82 (85 y 86) TCE a las prácticas restrictivas realizadas por empresas extracomunitarias tuvo una importante confirmación jurisprudencial en los asuntos *matiéres colorantes* de 1972¹⁹⁰. En estas sentencias se confirmó la validez de las multas impuestas por la Comisión a sociedades de terceros países, pero como se trataba de empresas que contaban con filiales en la propia Comunidad, subsistía la duda de si el fundamento de la aplicación de la legislación comunitaria se hallaba más en la doctrina de la unidad de la empresa que en la doctrina de los efectos. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas el 27 de septiembre de 1988 en el asunto de la *pasta de madera* supuso el reconocimiento de la aplicación del art. 85 a un grupo de empresas con sede todas ellas fuera de la Comunidad y se ha considerado como una consagración en el Derecho comunitario de la doctrina de los efectos¹⁹¹.

C) Alcance geográfico de aplicación

Siguiendo los parámetros generales de las competencias del Estado todas las leyes sobre la competencia son aplicables en un territorio nacional, según el principio de la territorialidad. Ahora bien, algunas leyes sobre la competencia también son aplicables fuera de las fronteras nacionales, pero existen grandes diferencias

¹⁹⁰ Sentencias TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 48/69, *imperial Chemical Industries Ltd./Comisión*, Rec. 1972, p. 619; Asunto 52/69, *J. R. Geigy AC/Comisión*, Rec. 1972, p. 787; Asunto 53/69 *Sandoz AC/Comisión*, Rec. 1972, p. 845.

¹⁹¹ Sentencia TJCE de 27 de septiembre de 1988, Asuntos acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, *Ahlström/Comisión*, Rec. 1988–8, p. 5193. Cf. J.A. Pérez Beviá, “La aplicación extraterritorial del Derecho comunitario europeo de la competencia (A propósito de la sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988)”, *La Ley (Comunidades Europeas)*, nº 64, 29 de abril de 1991, pp. 1–8.

respecto de las doctrinas y prácticas jurídicas que sirven de base para ello. En algunos países se parte del principio de la jurisdicción territorial “objetiva”, en determinadas condiciones, respecto de los actos realizados en el extranjero y con efectos en el territorio nacional, con independencia de que se haya recurrido o no a filiales locales para establecer contacto con compradores en el territorio nacional.

En el referido asunto de la *pasta de papel*, el TJCE sentenció, sobre la base de la territorialidad objetiva, que su jurisdicción alcanzaba a los miembros no comunitarios de un cartel extranjero cuyos productos se vendían en el mercado de la UE. Sin embargo, esa decisión se rechaza actualmente por otros motivos. Ello no impide que la reglamentación de las fusiones de la UE se aplique a las fusiones de empresas no pertenecientes a la Unión siempre que alcancen una cifra de negocio mínima en su territorio, tengan o no una presencia física en la misma, al mismo tiempo que la Comisión de la UE examina con frecuencia las fusiones que las grandes empresas extranjeras realizan en otros países.

Según la “doctrina de los efectos”, la legislación sobre competencia de los EE UU es aplicable por razón de la materia a las “actividades extranjeras destinadas a producir y que de hecho producen algún efecto sustancial en los EE UU”¹⁹². Esas actividades abarcan: las referentes al comercio de importación; las que entrañan fusiones en el extranjero que tengan un efecto “directo, sustancial y razonablemente previsible” sobre las importaciones o el comercio exterior de los EE UU; los casos en que se restringe el comercio de exportación; y los casos en que las prácticas comerciales restrictivas afectan a la financiación o compra por el Gobierno de los EE UU de mercancías o servicios en el extranjero.

¹⁹² F. Souty, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, París, PUF, 1995.

En un caso, por ejemplo, la adquisición por una empresa británica de telecomunicaciones de un paquete de acciones en una empresa norteamericana de comunicaciones, combinada con la formación de una empresa conjunta de servicios mundiales de telecomunicaciones, fue bloqueada inicialmente por el Departamento de Justicia fundándose en que la empresa daría a las sociedades británicas una ventaja desleal sobre las sociedades norteamericanas, por la facilidad de acceso a la red de telecomunicaciones del Reino Unido, y elevaría el precio de los servicios internacionales de comunicaciones; la transacción se permitió finalmente cuando las partes convinieron en publicar las tarifas, los términos y condiciones del acceso a la red del Reino Unido, y aceptar las disposiciones destinadas a impedir la discriminación contra la oferta de servicios internacionales por sociedades norteamericanas. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los EE UU en aplicación de la “doctrina de los efectos” es impugnado por el Reino Unido, a quien también le preocupan los países que utilizan sus políticas de competencia para promover sus intereses comerciales. Sin embargo, consideraciones relativas al “principio de cortesía” pueden dar lugar a una abstención de ejercer la jurisdicción cuando existe un “conflicto auténtico” entre la ley estadounidense y la extranjera, de manera que la aplicación de la legislación de los EE UU constituiría una violación de la ley del otro país (no es suficiente el simple estímulo o aprobación de la conducta contraria a la competencia por parte de un gobierno extranjero). Tampoco se ejercerá la jurisdicción en el extranjero si se pueden oponer las excepciones legales de la inmunidad de soberanía extranjera, los actos del Estado y la coerción de la soberanía extranjera (cuando se trate de actividades totalmente desplegadas dentro del territorio extranjero), mientras que los organismos federales de los EE UU encargados de la competencia deberán tener en cuenta los acuer-

dos o entendimientos de cooperación con los organismos homólogos extranjeros para decidir si va a entablarse el procedimiento¹⁹³.

Cabe también señalar que el art. 301 de la Ley de comercio exterior de los EE UU de 1974¹⁹⁴ estipula que podrán adoptarse medidas comerciales contra cualquier mercancía procedente de un país que perjudique los intereses comerciales de los EE UU a causa de tolerar en su territorio actividades sistemáticamente contrarias a la competencia por parte de empresas que restrinjan mediante sus compras el acceso de las mercancías o servicios estadounidenses¹⁹⁵.

En Alemania, por citar un modelo estatal concreto, también se aplica el principio de los efectos a los casos de competencia, pero esa aplicación está calificada por los principios de Derecho internacional público o privado relativos a los contactos razonables entre tribunales y la no injerencia. Así pues, en casos de fusiones extranjeras no se aplicará la ley alemana sobre la competencia si el efecto de la fusión en el mercado alemán es relativamente insignificante en comparación con el efecto en el extranjero. De to-

¹⁹³ N. Samie, “The Doctrine of ‘Effects’ and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws”, *Lawyer of Americas*, vol. 14, n° 1, 1982, pp. 23–59.

¹⁹⁴ C. O’Neal Taylor, “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *Vanderbilt J. of Transn’l L.*, n. 30, 1997, pp. 209–348; A.D. Smith, “Bringing Down Private Trade Barriers – An Assessment of the United States’ Unilateral Options: Section 301 of the 1974 Trade Act and Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 16, 1994–1995, pp. 241 ss.

¹⁹⁵ A. Remiro Brotóns, “Universalismo, Multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, *REDI*, vol. LI, n. 1, enero–junio 1999, pp. 11–57. Señala este autor en la p. 14 que “el *unilateralismo* es un término que, (...), tiene una carga intrínsecamente negativa. Cuando hablamos de unilateralismo no nos estamos refiriendo a la opción de una acción individual –o grupal– en ejercicio de un derecho o facultad que, tratándose de una gran potencia o alianza, podría interpretarse como la asunción legítima de un liderazgo sobre los demás; nos estamos refiriendo al ejercicio del poder en contravención de las normas”.

das maneras la intervención sólo tendrá lugar respecto de aquella parte de la fusión que tiene efectos “concretos” en el país (por ejemplo, la fusión de las filiales nacionales). Sin embargo, para las fusiones extranjeras es necesaria la notificación previa si van a producir efectos perceptibles y directos en el mercado alemán (incluso si las empresas interesadas no tienen filiales en el país). La legislación sobre la competencia de los países de la UE recientemente promulgada o revisada prohíbe sin excepción los acuerdos, con inclusión de los acuerdos concluidos en el extranjero, cuyo objeto o efecto sea la distorsión de la competencia o el abuso de una posición dominante en los mercados nacionales. Los tribunales franceses, por ejemplo, han aplicado esa prohibición.

Aunque el principio de los efectos y el de la territorialidad objetiva para ejercer la jurisdicción en el extranjero probablemente tengan resultados similares en muchos casos, determinadas actividades extranjeras, tales como los cárteles de importación o la negativa concertada de comprar a exportadores o suministrar a importadores de países extranjeros, podrían quedar fuera del alcance de la jurisdicción territorial objetiva pero serles aplicable el principio de los “efectos”. Los cárteles de importación tienen por objeto reglamentar el precio u otras condiciones relativas a los bienes o servicios que se importan con destino a los mercados internos de las empresas participantes. En cambio, los cárteles internacionales suelen fijar los precios, los volúmenes de producción u otros factores determinantes de la competencia en diversos mercados nacionales, incluidos por lo general, aunque no exclusivamente, los países de origen de las empresas participantes. Otro atributo distintivo es que los cárteles de exportación están exentos en muchos países de la aplicación de las leyes nacionales en materia de competencia, en algunos casos con la condición de que se inscriban en un registro público, mientras que los cárteles internacionales suelen ser ilícitos y, por lo común, operan en secreto hasta que se los investiga y se desvela su funcionamiento.

Pueden también existir diferencias entre las leyes sobre la competencia en cuanto a su aplicabilidad o su ejecución en el extranjero por lo que se refiere al alcance de la jurisdicción personal pretendida. En varios países se utiliza el concepto de la “unidad de la empresa” para comprender en la jurisdicción las empresas matrices con sede en el extranjero de empresas transnacionales cuando ejercen el grado de control necesario sobre las filiales locales¹⁹⁶.

Otras diferencias en las leyes sobre la competencia pueden deberse a: la intensidad o la naturaleza de los efectos sobre los mercados nacionales que se precisan para ejercer la jurisdicción; la prohibición de las prácticas comerciales restrictivas seguidas en el extranjero que tienen efectos sobre el comercio de exportación; la naturaleza y el alcance de los principios jurídicos o de las políticas de aplicación que tomen en cuenta los intereses extranjeros para la aplicación extraterritorial de la ley; la diligencia en la intervención cuando las medidas correctivas efectivas dependan de la acción que se despliegue fuera del territorio nacional; la frecuencia con que se entablen las acciones privadas; las prácticas referentes al acopio de pruebas y la posibilidad de obtener una indemnización triple. El creciente recurso de las empresas a las nuevas tecnologías de la telecomunicación para aplicar prácticas comerciales restrictivas a través de las fronteras tiene forzosamente que incrementar la complejidad y la disparidad de las soluciones jurídicas adoptadas en esta esfera.

¹⁹⁶ De conformidad con la legislación estadounidense pueden entablarse acciones antitrust en los EE UU contra una empresa extranjera que desarrolla sus actividades en cualquier distrito judicial mediante un agente o una empresa filial que es su *alter ego*, siempre que tenga un contacto mínimo con los EE UU a fin de que se cumplan los requisitos procesales pertinentes. Además, también puede ejercerse la jurisdicción en el extranjero respecto de las actividades en el exterior de empresas filiales extranjeras de firmas estadounidenses (que a esos efectos se consideran nacionales).

Cualquiera que sea el alcance jurisdiccional teórico de las leyes sobre la competencia, frecuentemente será difícil en la práctica aplicarlas en el extranjero, o incluso también en el territorio nacional cuando la prueba haya de obtenerse fuera del país. Esas dificultades se presentarán sobre todo en los países en desarrollo y los países en transición, pues su limitada capacidad en materia de recursos, su falta de experiencia en esta esfera, y la menor probabilidad relativa de que las empresas con sede en el extranjero tengan activos embargables al alcance de esos países sobre los que se pueda realizar la ejecución. Así pues, aun cuando los países en desarrollo y los países en transición tengan disposiciones legales en esta esfera análogas a las que figuran en las leyes de algunos países desarrollados, existe una importante limitación de facto en el alcance real de la aplicación de sus leyes –mientras que tal vez se encuentren ante pretensiones de jurisdicción sobre su territorio por parte de otros países a causa de cuestiones de competencia¹⁹⁷. En varios países se prevén exenciones legales explícitas de la aplicación de la legislación sobre la competencia para las empresas conjuntas de exportación o los cárteles, aunque los “efectos secundarios” de los cárteles de exportación sobre la competencia en los mercados internos sean objeto de examen. En algunos países la exención sólo se aplica si se hace a las autoridades encargadas de la competencia una notificación formal del acuerdo de exportación o se lleva a cabo su registro. Sin embargo, Australia y Nueva Zelanda han suprimido las exenciones relativas a los cárteles de exportación que afecten a su comercio bilateral. En la Unión Europea la legislación sobre la competencia también se aplica a cual-

¹⁹⁷ Cabe señalar a ese respecto que, a pesar de las disposiciones del art. E.4. Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1980, no se aplica ninguna ley en materia de competencia para controlar las prácticas comerciales restrictivas seguidas en un territorio nacional que únicamente tienen efectos sobre los mercados extranjeros.

quier cártel de exportación con sede en un país miembro que tenga efectos sobre los demás Estados miembros.

Aunque las leyes sobre la competencia normalmente se aplican a los cárteles de importación u otras prácticas restrictivas de la competencia que afecten a las importaciones, en algunos países pueden tomarse en cuenta los actos realizados en el extranjero para decidir si se van a tomar o no medidas respecto de tales prácticas restrictivas de la competencia. En la legislación alemana pueden autorizarse los cárteles de importación si los importadores se encuentran ante unos proveedores extranjeros que dominan el mercado y si la competencia interna no resulta sustancialmente limitada. En otros países pueden concederse exenciones para participar en centrales de compras con objeto de contrarrestar el poder de los abastecedores extranjeros, tal es el caso de las importaciones de ácido sulfúrico en el Reino Unido, de azufre en Australia o de películas en Suecia. Sin embargo, pueden entablarse procedimientos en materia de competencia contra esas centrales de compras en algunos países exportadores; en los EE UU se ha promulgado una ley contra los cárteles de importación establecidos en el extranjero con objeto de contrarrestar el poder sobre el mercado de las asociaciones Webb—Pomerene.

Se afirma que existe poca diferencia entre la jurisprudencia de la CE y la de los EE UU en relación con la doctrina de los efectos. En *Ahlstron c. Commission*, el Tribunal de Justicia Europeo revocó una decisión de la Comisión Europea y aceptó que existía una jurisdicción únicamente porque el acuerdo en cuestión se aplicaba en la Comunidad. Por lo tanto, el fallo del juicio distingue la “aplicación” en la Comunidad de la doctrina de los “efectos” que defiende el derecho de los EE UU. Es sólo con arreglo a la interpretación estadounidense de la doctrina de los “efectos” que los acuerdos que producen algunos efectos importantes en los EE UU sin haberse aplicado allí, como los citados en el caso *Hartford Fire Insurance*, se considera que entran en la jurisdicción de los EE UU. El Reino Unido recusó el ejercicio de la jurisdicción extrate-

ritorial por los EE UU en este caso y desearíamos que se incluyera esta declaración en el texto.

La imposición inadecuada por un Estado de su jurisdicción sobre personas que no son nacionales de él en relación con hechos que han ocurrido en su totalidad fuera del territorio soberano del Estado es una cuestión importante para el Reino Unido. Preocupa especialmente a este respecto que los países puedan aprovechar su política de la competencia para promover sus intereses comerciales. No es evidente que las medidas aplicadas en el caso Pilkington pueda decirse que tienen un efecto favorable en la competencia desde el punto de vista de los mercados nacionales fuera de los EE UU o de que los acuerdos que promovió Pilkington con sus sublicencias restringieran considerablemente la competencia en estos mercados”¹⁹⁸.

4. Tipos de medidas restrictivas de la competencia internacional

Por definición: toda medida comercial destinada a proteger a la industria nacional se considera que distorsiona la competencia. Desde los aranceles hasta las subvenciones a las exportaciones y las medidas antidumping.

Las medidas restrictivas a la competencia y por lo tanto sus correspondientes políticas, se pueden agrupar de muchas formas para su estudio. Una de estas las dividiría en dos áreas fundamenta-

¹⁹⁸ En el asunto *Pilkington* el Departamento de Justicia de los EE UU procedió a aplicar las reglas de la competencia contra las restricciones impuestas en las licencias concedidas por una empresa británica fabricante de vidrio respecto de una determinada técnica de elaboración de vidrio a concesionarios estadounidenses, en las que se restringía el alcance geográfico y tecnológico de su utilización, así como las cesiones posteriores de las licencias de utilización de la tecnología, y se exigía la retrocesión de las mejoras que presuntamente limitaban tanto las importaciones de vídeo en los EE UU como las exportaciones de vídeo desde los EE UU. *Vid. U.S. c. Pilkington plc*, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50758 (D. Ariz. 1994) Consent Decree).

les: por un lado la relacionada con los monopolios y fusiones y por otro las relacionadas con las prácticas comerciales restrictivas.

A) Monopolios y fusiones

Las prácticas monopólicas son aquellas conductas que realizan los agentes económicos (individuos, empresas, asociaciones, etc.) para obtener beneficios indebidos, a costa de dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. La política de monopolios se ocupa de investigar las empresas dominantes o que ejercen su poder de monopolio en los mercados individuales. La legislación del Reino Unido consideraba como monopolio legal, cuando una empresa poseía una tercera parte de la distribución de su producto en el reino (Ley de Monopolios y Prácticas Restrictivas, 1948). Posteriormente el monopolio legal se ha redefinido como aquel en el que una cuarta parte del mercado es abastecida por una única empresa. Además, crea la figura legal Monopolios Complejos, como aquellos en los que varias empresas tienen conjuntamente una cuota del 25% del mercado y se produce alguna restricción a la competencia. Esto refleja el carácter dinámico que deben tener estas legislaciones. Sirva este espacio para señalar que en cuanto a las leyes antimonopolios, existe una diferencia en los criterios de evaluación entre los EE UU y Europa. En los EE UU, esta práctica es atacada atendiendo a los intereses de la empresa, la pregunta sería si esta medida contribuye a una mayor eficiencia de la empresa, de ser afirmativo, entonces no se cuestiona. El sentido del análisis en la experiencia europea es desde el punto de vista de la conveniencia para el consumidor, si la medida es beneficiosa para el consumidor y de ser así, entonces no es sancionable.

Dentro del sistema mexicano destacan, en primer lugar, las *prácticas monopólicas relativas en el mercado de telefonía móvil* (Expediente DE-037-2006)¹⁹⁹. En 2006 y 2007, diversos concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones denunciaron a Radiomovil Dipsa S.A. de C.V. (Telcel) por supuestas prácticas monopólicas relativas. Los hechos denunciados consistieron en que Telcel cobraba a sus competidores tarifas artificialmente altas para terminar las llamadas en su red. Por esta razón, la CFC inició una investigación el 29 de noviembre de 2006. El servicio relevante se definió como la terminación de llamadas locales en la red pública de telecomunicaciones móvil de Telcel. Este servicio no cuenta con sustitutos, ya que sólo Telcel puede terminar las llamadas que se hagan a usuarios de su propia red. Por ello, se determinó que esta empresa cuenta con poder sustancial en el mercado relevante. La investigación permitió determinar que Telcel incrementaba los costos de sus competidores al imponerles una tarifa de interconexión superior a la que se autoimputaba en las llamadas entre usuarios de su propia red, e incluso superior a los precios finales que cobraba a sus propios usuarios. Con ello, Telcel incurría en una práctica monopólica relativa, prevista en el artículo 10, fracción XI de la LFCE. Con esta práctica, Telcel desplazaba indebidamente a sus competidores del mercado y afectaba el proceso de competencia y libre concurrencia, en perjuicio del bienestar de los consumidores. En virtud de lo anterior, el 7 de abril de 2011, el Pleno de la CFC emitió una resolución en la cual señaló que Telcel era responsable de cometer una práctica monopólica relativa, por lo que le ordenó suprimir su conducta y, además, le impuso una sanción. La LFCE vigente en ese momento permitía a la Comisión, en caso de reincidencia, imponer una multa hasta por el diez por ciento de los activos del infractor. Por esta razón, y considerando, entre otras razones, la gravedad de la in-

¹⁹⁹ CFC, *Informe Anual*, 2011.

fracción, el daño causado y la capacidad del infractor, el monto de la sanción alcanzó los 11.9 mil millones de pesos²⁰⁰. Inconforme con tal resolución, Telcel interpuso un recurso de reconsideración y, además, presentó un incidente de recusación en contra el Presidente de la CFC. En el incidente, Telcel argumentó que el Presidente de la CFC se había pronunciado previamente respecto de los argumentos contenidos en su recurso de reconsideración, lo cual podría representar un prejujuamiento sobre el mismo. En consecuencia, el 26 de junio de 2011, el Pleno de la Comisión consideró que el incidente de recusación era fundado, por lo que procedía la recusación del Presidente. Este asunto se encuentra suspendido, hasta en tanto el Poder Judicial resuelva un juicio de amparo interpuesto por una de las empresas involucradas.

Otro ejemplo de la práctica mexicana lo ofrece el asunto relativo al *servicio de transporte marítimo de pasajeros en Quintana Roo* (Expedientes DE-020-2009 y RA-016-2011)²⁰¹. El 11 de agosto de 2009, el Secretario del Ayuntamiento de Isla Mujeres presentó una denuncia en contra de Transportes Marítimos Magaña (TMM) y Ruta Náutica de Isla Mujeres, S.A. de C.V. (Ultramar), por la probable realización de prácticas monopólicas absolutas, consistentes en la fijación del precio del servicio de transporte marítimo de pasajeros en la ruta Cancún – Isla Mujeres. Durante la investigación, la CFC también encontró información sobre una situación similar en la ruta Playa del Carmen–Cozumel, sólo que

²⁰⁰ El entonces Comisionado Agustín Navarro Gergely se excusó de participar en la sesión de Pleno en la que se tomó esta decisión, ya que estaba impedido para conocer de este asunto por ser familiar de un directivo de una de las empresas involucradas. En consecuencia, la resolución se tomó con el voto de sólo cuatro Comisionados. A favor de la sanción estuvieron los Comisionados Rodrigo Morales Elcoro y Eduardo Pérez Motta, quien como Presidente de la CFC ejerció su voto de calidad en caso de empate. Votaron en contra de la resolución los Comisionados Miguel Flores Bernés y Luis Alberto Ibarra Pardo.

²⁰¹ *Ibid.*

en este caso los competidores, además de acordar las tarifas, también se repartían los horarios del servicio de transporte marítimo de pasajeros. En ese contexto, la CFC obtuvo evidencia de que en julio de 2009, Ultramar y TMM publicaron conjuntamente en sus taquillas un listado con las nuevas tarifas vigentes a partir del 25 de julio de 2009 para la ruta Cancún–Isla Mujeres. La publicación llevaba el logotipo de ambas empresas y el de la Administradora Portuaria Integral de Quintana Roo, S.A. de C.V. (API Qroo). A este hecho se sumó que las navieras en las dos rutas investigadas participaban en el comité de operaciones de la API Qroo, lo cual abría un espacio de comunicación entre ellas. Asimismo, mediante diversas comparecencias, se recabaron declaraciones de uno de los proveedores del servicio, quien aceptó los hechos y las reuniones para fijar el precio en la Ruta Cancún–Isla Mujeres. Además, se obtuvieron copias de las minutas del Comité de Operación de la API Qroo en las que se apreciaba el acuerdo sobre la asignación de horarios entre las navieras. Finalmente, mediante inspecciones de campo se obtuvo registro gráfico de la ejecución de los acuerdos entre competidores. La CFC determinó que estas conductas implicaban acuerdos entre competidores para fijar, elevar o manipular el precio de venta de sus servicios, así como para dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios mediante tiempos determinados, tal como lo definen las fracciones I y III del artículo 9º de la LFCE. Por lo anterior, se emitió el oficio de probable responsabilidad a los agentes económicos involucrados, a fin de darles oportunidad de manifestarse. Después de analizar sus respuestas, el 14 de junio de 2011 el Pleno de la Comisión Federal de Competencia resolvió que eran responsables de cometer prácticas monopólicas absolutas. En consecuencia, les ordenó suprimir esas conductas y les impuso multas por un total de 25 millones 750 mil pesos a cinco agentes económicos y cinco personas físicas. Inconformes con tal resolución, los agentes económicos impusieron recursos de reconsideración ante la propia CFC en los que argumentaron, entre otros, violación a disposiciones constitucionales y

agravios relativos a una falta de fundamentación y motivación. Sin embargo, el Pleno consideró infundados sus agravios, por lo que ratificó su resolución inicial. Con estas prácticas, los proveedores de servicios de transporte marítimo en estas dos rutas eliminaban la competencia entre ellos y obligaban a los consumidores – habitantes de las localidades y turistas– a pagar precios artificialmente altos. En este sentido, la resolución de la Comisión Federal de Competencia permitirá lograr precios más atractivos y mayor oferta de los servicios, en beneficio de sus habitantes y del turismo, que es la principal actividad económica de la región. Esta investigación también es ejemplo de la extensa cooperación y colaboración que brindó uno de los agentes económicos investigados, quien a cambio de ello recibió el beneficio de una reducción en el monto de su sanción.

Las fusiones y tomas de control suponen la unión de dos o más empresas independientes bajo una dirección común; pueden clasificarse principalmente en horizontales y verticales.

i) Las fusiones horizontales son aquellas en las que dos o más empresas se reparten entre ellas el mercado, la clientela, las ventas o la producción, fijando en definitiva precios acordados que le permiten obtener el máximo de ganancia. En muchos casos su único efecto es el de aumentar el poder de mercado de las empresas fusionadas, permitiéndoles aumentar los precios y obtener más beneficios. En este caso es evidente que no debe permitirse, pero no siempre es así. Desde el punto de vista de la eficiencia, es generalmente aceptado que la posibilidad de fijar precios preferentes no estimula la eficiencia ni la disminución de costos, pero en no pocos casos estas fusiones pueden producir algún efecto social beneficioso, lo que hace más complejo su análisis.

ii) Las fusiones verticales se dan entre dos estadios consecutivos del proceso productivo, entre productor y distribuidores o entre productor y proveedores. En este caso se reconoce el derecho

de cada productor a escoger sus canales de distribución, lo que no es aceptado es el otorgamiento de exclusividades. La única de estas prácticas restrictivas que normalmente es cortada tajantemente por las legislaciones, es la imposición de precios de reventa. Las demás son muy debatidas en función de lo que aporten en términos de eficiencia productiva o de distribución y los beneficios que puedan reportar a los clientes.

Un buen ejemplo de la práctica mexicana lo constituye el asunto *Mexichem Derivados / Pemex petroquímica* (Expediente CNT-043-2011)²⁰². El 27 de mayo de 2011, Mexichem Derivados, S.A. de C.V. (“Mexichem Derivados”), una subsidiaria de Mexichem S.A.B. de C.V. (“Mexichem”), y Pemex Petroquímica (“PEMEX”) notificaron una coinversión. Por una parte, Mexichem Derivados aportaría los activos de sus plantas de cloro, sosa y sal ubicadas en Coatzacoalcos y Jaltipán, Veracruz. Por otra parte, PEMEX aportaría los activos de sus plantas de etileno y monómero de cloruro de vinilo (VCM) del Complejo Pajaritos, ubicadas también en Coatzacoalcos. La CFC determinó que la operación tendría efectos en los siguientes mercados que integran la llamada “cadena de vinilo”. En México, el bajo nivel de producción de VCM ha conducido a un bajo nivel de demanda de cloro y, por lo tanto, una baja producción de sosa cáustica líquida. En consecuencia, los usuarios nacionales de sosa se han visto obligados a importar volúmenes considerables de ese insumo, con un costo elevado ocasionado, principalmente, por una cuota compensatoria. La coinversión entre Pemex y Mexichem generaría un incremento importante en el nivel de producción de VCM y, en consecuencia, incrementaría la demanda y producción de cloro. De esta manera, la mayor producción de cloro provocaría un incremento de la producción de sosa cáustica, lo que podría contribuir a corregir en forma importante el desbalance entre la oferta y la de-

²⁰² CFC, *Informe Anual*, 2011.

manda de este producto en México. En México se producen dos tipos de resinas de PVC: suspensión y emulsión. En cuanto a la resina de PVC en grado emulsión, la Comisión estimó que el mercado tiene una dimensión geográfica que abarca México y EUA. En este ámbito, Mexichem enfrenta la competencia de importantes competidores. En cuanto a la resina de PVC en suspensión, en septiembre de 2009, la Secretaría de Economía suprimió una serie de cuotas compensatorias a las resinas de este tipo. Dicha eliminación fue resultado de la solicitud de Mexichem a la Secretaría de Economía y fue un elemento determinante considerado por la CFC para autorizar, sujeto a condiciones, la concentración notificada en el expediente CNT-088-2009. Con la eliminación de las cuotas, las importaciones de ese insumo crecieron de manera significativa y su precio real en el mercado nacional disminuyó. Estos datos mostraron que la eliminación de las cuotas compensatorias está consolidando también un mercado México-EUA, en el cual Mexichem enfrenta a competidores importantes. En este contexto, la CFC consideró que, como resultado de la coinversión, se mejoraría la eficiencia operativa y reduciría los costos de producción del VCM. Esto podría disminuir gastos relacionados con la importación que podrían reflejarse en reducciones del precio de venta de las resinas de PVC ofrecidas por Mexichem. Por otro lado, la CFC analizó la posibilidad de que la integración vertical en el eslabón VCM – resinas de PVC provoque una conducta de abastecimiento exclusivo de VCM por parte de la coinversión hacia Mexichem. Sin embargo, en el contexto de un mercado abierto México-EUA, esta situación no sería un impedimento para que competidores ubicados en los EUA pudieran exportar a México resinas y ejercer una presión competitiva que evite el aumento unilateral de precios por parte de Mexichem. La planta de producción de etileno del Complejo Pajaritos abastece de dicho insumo a la planta de producción de VCM. Actualmente, la planta de etileno opera con una capacidad ociosa importante. Con motivo de la operación, la CFC estimó que la mayor producción de VCM incrementará los requerimientos de etileno y, por lo tanto, contribui-

ría a elevar el uso de la planta de producción. Asimismo, la concentración no conllevaría al desabasto de etileno, ya que PEMEX tendría capacidad suficiente para atender la demanda estimada futura y los requerimientos adicionales por parte de la coinversión. Con respecto al etano, tampoco se previó que la operación notificada implicaría daño a la competencia, ya que la oferta de ese insumo sería superior a la demanda después de la concentración. Por estas causas, la Comisión decidió aprobar la concentración.

B) Prácticas comerciales restrictivas

Pueden ser divididas para su análisis, entre las que están relacionadas con acuerdos entre empresas²⁰³ y las que tratan de las prácticas individuales de estas –en este caso–, que limiten la competencia externa hacia el interior de las economías internacionales.

Las relacionadas con acuerdos entre empresas comprenden acuerdos de precio, plazos, condiciones, áreas de mercado, clientes, proveedores, información, etc. Pueden tener una cantidad de

²⁰³ Los acuerdos entre empresas están prohibidos, siempre que restrinjan la competencia, por el art. 1 de la Ley Defensa de la Competencia en España y por el art. 81 TCE. Sin embargo, determinado tipo de acuerdos están sujetos a diversas exenciones tanto en el art. 5 de la ley española como en el 81.3º de la regulación europea. Estas exenciones, en el caso de acuerdos verticales, se regulan explícitamente en el Reglamento (CE) nº 2790/1999 y en el Reglamento 383/2003 en España. Previamente la Comisión había publicado en 1996 el documento titulado *Green Paper on Vertical Restraints* en el que se proponía la inclusión del análisis económico para evaluar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Con posterioridad, la Comunicación de la Comisión 2000/C291/01 introdujo las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales (*Guidelines on Vertical Restraints*) que insertan una guía para evaluar los efectos pro- y anti-competitivos de las restricciones verticales desde un punto de vista económico. La evaluación de las mismas se fundamenta en gran medida en los resultados de los modelos propuestos por la teoría económica y por tanto suponen un importante avance en cuanto al tratamiento jurídico-económico de estas conductas.

variantes que desafíe la imaginación más fértil y su análisis conlleva un profundo estudio, caso por caso.

Las prácticas individuales de las empresas que restringen o distorsionan la competencia, denominadas como abuso de posición dominante, están vinculadas a un cierto grado de poder de una de ellas ante el mercado. Ejemplo de esto lo son la utilización de precios predatorios, las ventas vinculadas o el mantenimiento de precios detallistas.

Precios predatorios: la utilización de los precios como arma para eliminar a determinados competidores del mercado. En este caso los consumidores son beneficiados en el corto plazo con una disminución sustancial de los precios. Pero esto no es más que una estrategia del predador para expulsar a sus rivales del mercado, con el fin último de elevar nuevamente los precios hasta colocarlos a niveles de monopolio. El problema de esta modalidad de práctica restrictiva está en las dificultades que suponen su identificación. Actualmente no existen reglas sencillas generalmente aceptadas para determinar cuando una actitud es predatoria.

Ventas vinculadas: obligar a una cliente a comprar un bien B cuando adquiere un bien A. En muchos casos estas ventas responden a una realidad objetiva, como en el caso de los productos que son usados en proporciones fijas, digamos las tazas y los platos o las maquinarias y su mantenimiento. Pero en general es aceptado que en la mayoría de los casos constituye una práctica que atenta contra la competencia y afecta al consumidor final, por lo que es muy rechazada.

Mantenimiento de precios detallistas: fijar un precio mínimo al cual el vendedor detallista debe sacar los productos al mercado. Implica mayores precios y márgenes de ganancia para los distribuidores y un funcionamiento menos eficiente de los mecanismos competitivos. Afecta directamente a los consumidores y supone una protección para las empresas ineficientes y no la disminución de precios que se espera se produzca como resultado de la compe-

tencia. Se dice también aunque no está probado científicamente, que puede reducir la competencia entre los fabricantes, ya que al existir un precio mínimo para vender sus producciones, hay menos incertidumbre, lo que facilita los acuerdos.

En definitiva lo anterior es solo una agrupación para su estudio y legislación de un gran número de variantes que pueden asumir las medidas restrictivas de la competencia.

III. Fórmulas de aplicar la defensa de la libre competencia

1. Competencia perfecta y competencia imperfecta

A) Competencia perfecta

Se entiende por competencia perfecta la situación en la que ningún sector de una comunidad represente una parte del mercado total que sea lo suficientemente grande para influir en los precios con efectos alcistas y depresivos. Será imperfecta cuando el que compra o vende una mercancía lo hace en cantidades lo suficientemente grande para afectar el precio de la misma. La competencia imperfecta (monopolística) es la forma prevaleciente en que vivimos. Ello se debe a diversos factores, influyen y benefician el monopolio aquellas economías basadas en la producción en gran escala; las marcas registradas, las patentes y la publicidad son también causas de variadas imperfecciones del mercado. La idea básica presente en el pensamiento de la Universidad de Chicago es que el modelo de competencia perfecta constituye una buena aproximación del modo en que funcionan los mercados, o funcionarían —en los casos en que el Estado interviene— si el Estado no interviniese. El poder de mercado, si existe, es normalmente transitorio: la amenaza de entrada de nuevas empresas constituye una presión suficiente para mantener la disciplina competitiva. Las únicas situaciones en las que se encuentra poder de mercado permanente, son precisamente aquellas en las que el Estado interviene, habitualmente a través de restricciones a la entrada. La intervención gubernamental, según estudios de la Universidad de Chicago, conduce a un tercer óptimo, en lugar de un segundo óptimo;

es decir, la intervención gubernamental puede provocar una pérdida neta de bienestar²⁰⁴.

Hay competencia perfecta cuando todos los vendedores y/o compradores de un precio o servicio son precio-aceptantes. Un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que existe un gran número de empresas que fabrican un producto homogéneo, perfectamente divisible, en el que no existen barreras a la entrada ni a la salida, tanto empresas como consumidores tienen información completa, no existen costes de transacción y todos los agentes son precio aceptantes. Cuando hay un mercado perfectamente competitivo se dice que está en equilibrio ya que todas las empresas están ofreciendo la cantidad que maximiza sus beneficios al precio vigente, y la cantidad total ofrecida se iguala con la cantidad total demandada. Esto implica que todos los consumidores están igualando el precio que pagan por el bien que demandan con el valor marginal que el mismo tiene para ellos, y que todas las empresas están igualando dicho precio con su costo marginal. El mercado de competencia perfecta se basa en el supuesto de la aceptación de precios por parte de compradores y vendedores. La unidad de producción es tan pequeña (comparada con el total) que su comportamiento no afecta ni puede afectar jamás el precio. En este escenario los consumidores están protegidos en la medida en que quienes producen responden únicamente a los intereses de quienes consumen; producen lo que a estos últimos les interesa. Las notas características de escenarios de competencia perfecta para el mercado relevante que se considere son las siguientes: (a) hay un gran cantidad de compradores y vendedores de los bienes o servicios considerados; (b) la cantidad de los bienes que compra o vende un comprador o vendedor respectivamente es tan menor comparada con el total de lo que se vende o compra que cualquier variación en el precio (en más o en menos) no afecta, en forma

²⁰⁴ L. Cabral, *op. cit.*, p. 10.

alguna, el mercado; (c) los productos o servicios son prácticamente homogéneos; (d) todos los compradores y vendedores del mercado considerado tienen total información sobre las características del mercado, sus precios y la calidad de los productos; y (e) hay total libertad para entrar y salir del mercado (no existen barreras).

La microeconomía define a la “competencia perfecta” como una situación ideal dentro de un mercado bien definido que cumple con las siguientes condiciones:²⁰⁵ a) Existe un número suficientemente importante de compradores y de vendedores, por lo que ninguno de ellos puede ejercer una influencia significativa sobre el precio del mercado. En este sentido, el precio es un parámetro que se fija conforme a las fuerzas del mercado y no es controlado por un productor, en lo particular. b) A largo plazo, en este mercado, debe haber movilidad perfecta de los recursos, por lo que no deben existir barreras de entrada ni de salida. c) Todos los participantes en el mercado (vendedores y compradores), deben tener acceso a la información que les permita tomar sus decisiones de producción y consumo. d) El producto debe ser homogéneo a fin de que exista una perfecta sustitución.

Esta competencia perfecta provoca que una economía que tiene mercados de este tipo sea eficiente en el sentido de “eficiencia de asignación”, esto es cuando la asignación de recursos es tal que no resulta posible mejorar la situación de uno de los agentes económicos sin perjudicar de cualquier otro agente. En estas condiciones los bienes se producen de la forma más eficaz posible o sea, la menos costosa²⁰⁶. Socialmente la competencia tiene un efecto positivo ya que al alcanzar una mayor eficiencia económi-

²⁰⁵ F.M. Scherer y D. Ross, *Industrial Market Structure And Economic Performance Chapter 2: The Welfare Economics Of Competition And Monopoly*, Boston, Houghton–Mifflin, 1990.

²⁰⁶ *Glosario de economía industrial y Derecho de la competencia*, p. 23. Co-Edición Organización De Cooperación y Desarrollos Económicos 2, Madrid / Barcelona / México, Ediciones Mundi–Prensa, 1995.

ca, fortalece el proceso de generación de empleos más productivos y mejor remunerados, lo cual contribuye a lograr equidad y asegurar la igualdad de las oportunidades²⁰⁷. La competencia elimina barreras artificiales a la participación de nuevas empresas en los diversos sectores y crea las condiciones para que los agentes económicos produzcan con mayor eficiencia, a fin de que ofrezcan menores precios y mayor calidad y que introduzcan nuevos y mejores productos y servicios.

Cuando esas condiciones no se dan, una empresa o grupo de empresas tienen la capacidad para ejercer poder de mercado, es decir para aumentar y mantener sus precios por encima del nivel de competencia, lo cual produce efectos negativos en la sociedad que se manifiestan en menores oportunidades para los individuos de dicha sociedad y en una pérdida de eficiencia económica, que afecta la igualdad de oportunidades.

No existe el mercado perfecto, por la simple intervención del hombre en los procesos productivos el mercado se convierte en imperfecto y por lo tanto la competencia también es imperfecta en virtud de que nunca existirá un mercado perfectamente equilibrado entre los productores de bienes y servicios y el consumidor o consumidores finales.

El gran beneficiario de la competencia es en última instancia el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas otorgan un trato en la mayoría de las ocasiones de excelencia y el consumidor ve incrementada sus posibilidades para elegir el mejor producto o servicio o las mejores condiciones de su adquisición.

Cuando no existe la competencia existe el monopolio en donde el consumidor no tiene posibilidades de elección sino que se le va

²⁰⁷ *Informe Anual* de la Comisión Federal de Competencia 1993–94, Pág. 9.

a imponer precios, calidad y en muchísimas ocasiones una sola forma de pago (caso *Plasti-Marx*). En el monopolio al consumidor se le pone prácticamente un abanico muy reducido de opciones de tal suerte que incluso el productor se puede dar el lujo de despreciar al consumidor eligiendo al que más le convenga o incluso elevando sus precios. Pero, en el momento en que aparece un competidor, la captación y mantenimiento de un cliente se convierte en la tarea fundamental de la empresa y como ejemplo de ello podríamos citar a las compañías de aviación en el que existe tanta competencia que han bajado sus precios en un 40%.

Otro ejemplo es en el mismo sector pero dentro del territorio de la República Mexicana en donde Aviacsa sin descuidar el mantenimiento de la flota aérea ha logrado reducir sus precios en algunas rutas hasta el 50% desplazando a los monopolizadores que han sido históricamente Aeroméxico y Compañía Mexicana de Aviación. Un tercer ejemplo es el sector de las telecomunicaciones (el que por cierto también fue reformado para adecuarlo a la realidad) en el Reino Unido en donde la liberación del sector vino acompañada por la obligación de que British Telecom aumentase anualmente sus tarifas tres puntos por debajo de la inflación. Poco a poco se le fueron autorizando aumentos menores hasta que, el año pasado, los regulares han obligado a British Telecom. a bajar los precios en términos nominales. Esto trajo como consecuencia evitar las famosas listas de espera en el que dicha compañía telefónica elegía al consumidor. El mismo efecto surgió cuando la hoy denominada Iusacell abrió las puertas para la venta de los teléfonos celulares en México y vendía el aparato celular con un costo altísimo cuando ahora obsequian los teléfonos con la sola compra de la línea.

Ahora bien, para que exista competencia debe existir demanda y oferta, que son los principios económicos básicos de una economía. Así pues, tenemos que la demanda es la cantidad de productos que compra el público consumidor y que dependerá del precio de dicho producto. Cuanto más alto es el precio del produc-

to, menos unidades estarán dispuestas a comprar los consumidores. Por el contrario, cuanto más bajo es el precio del artículo, más unidades estarán dispuestas a adquirir los consumidores. Esta relación que existe entre el precio del producto y la cantidad vendida del mismo es lo que se conoce como “curva de la demanda” que contiene cuatro elementos y que son: A) El ingreso de los consumidores ya que en la medida en que los consumidores tengan más dinero, comprarán más artículos. B) El segundo elemento es el tamaño del mercado y en ello puede influir la cantidad de población que tiene relación inmediata y directa con su capacidad económica. Un ejemplo sería si en Ciudad Nezahualcóyotl existen 500,000 habitantes en una gran extensión territorial pero socialmente su capacidad económica es muy baja, por el contrario, si en Saltillo existen 300,000 habitantes pero tienen una capacidad mayor de ingresos, es obvio que los habitantes de Saltillo van a adquirir más productos que los de Ciudad Nezahualcóyotl. C) El tercero de los elementos es el precio de los productos que los consumidores perciben como sustitutos y la cantidad que de éstos haya. En términos generales, un producto será sustituto de otro si cumple la misma función. La demanda de un producto generalmente disminuirá si el precio del sustituto es bajo. D) El último elemento lo va a constituir que la demanda de los productos se verá influenciada por otros elementos especiales ajenos a la voluntad del consumidor. Un ejemplo sería en temporada de calor sube la venta de refrescos y disminuye la de los cobertores.

Estos son los elementos que todos los autores señalan, sin embargo considero que hay elementos externos que influyen en la demanda de un producto como puede ser el gusto, la preferencia, el sector social, etc., en esto hago hincapié porque la demanda como ya se indicó tiene muchos elementos y por lo tanto influencia en la competencia.

La oferta se refiere a la cantidad de productos que se venderán en base al precio del producto. En la medida en que aumento el precio de un producto los fabricantes de dicho producto aumenta-

rán la oferta del mismo; esto es existe una relación precio-producto, porque si el producto no es rentable el productor se va a dedicar a fabricar u ofrecer otros productos, tomando en cuenta que el objeto de las empresas es maximizar las utilidades de tal suerte que uno de los elementos principales que incide en la oferta son los costos de producción. Cuando los costos de producción de un bien son bajos en relación con el precio de mercado, será rentable para los productos ofrecer una mayor cantidad de este bien. Por el contrario, cuando los costos de producción son elevados en relación con el precio de mercado, los productores bajarán la oferta e inclusive llegará a un punto en que dejen de producir ese bien o produzcan otro. Cabe recordar que los costos de producción se ven afectados por diferentes factores entre los que destaca la mano de obra, energía, maquinaria y equipo, aspectos fiscales, el avance tecnológico. Un ejemplo de ello sería China, que el costo de mano de obra es sumamente bajo y tienen grandes estímulos fiscales las empresas que instalan sus fábricas en ese país, de tal manera que si se compara la fabricación de televisores en China contra los fabricados en la Unión Americana, simplemente los televisores americanos no compiten en el mercado por tener precios más elevados. También influyen las políticas económicas de los países porque normalmente los inversionistas buscan países con mano de obra barata y sin problemas políticos o sociales, con el objeto de instalar sus centros de producción.

Como se ha indicado en líneas arriba, la competencia perfecta es aquella en el que los intereses de los consumidores controlan las fuerzas de los mercados. Los productores responden a los gustos de los consumidores, fabricando lo que los consumidores desean, en competencia con otros productores y a los precios más bajos, lo que da lugar a la competencia perfecta.

Habrá un equilibrio de la oferta y de la demanda cuando la cantidad que desean adquirir los compradores sea igual a la cantidad que desean fabricar los productores, esto es, la curva de la

producción se va a cruzar en la curva de la demanda y de esta manera existe la competencia del mercado.

B) Competencia imperfecta

Un mercado en el que impera la competencia imperfecta es aquel en el que alguno de los vendedores puede influir o controlar en alguna medida los precios de sus productos. Esto no significa que pueda controlar en forma absoluta el precio de sus productos, pero sí influir de alguna forma en ellos, lo que va a dar lugar al monopolio, al oligopolio y al monopsonio.

Por el contrario, hay un sistema de competencia imperfecta cuando no se dan los extremos previstos para la competencia perfecta (es decir, se trata de una categoría residual)²⁰⁸. Las empresas de mercados imperfectos son precio-determinantes, lo que implica que puedan manejar o al menos influir en el precio de cierto producto. Las situaciones de monopolios y oligopolios son ejemplos claros de competencia imperfecta²⁰⁹. Un monopolio es aquella estructura de mercado en el que una sola empresa produce un producto para el cual no existen productos sustitutos cercanos, a todos los consumidores del mercado”.

Hay un monopolio cuando existe un único productor de un bien o servicio y dicho bien o servicio no tiene sustitutos; siendo sus características más relevantes las siguientes: (a) quien vende o compra es el único oferente o demandante (según sea el caso) en un mercado, (b) un productor monopólico puede restringir su producción de modo de aumentar el precio y así sus ganancias, y (c)

²⁰⁸ Vid. A. Smith, “Competencia imperfecta y comercio internacional”, *ICE*, n° 725, 1994, pp. 33–45.

²⁰⁹ S. Urquiza Royo, “El oligopolio y la posición dominante colectiva”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 225–240.

los consumidores pagan por un determinado bien lo que el producto no vale.

Hay oligopolio cuando en un mercado la mayoría de las ventas son realizadas por pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con su propia acción. Todos los participantes consideran lo que hacen sus competidores (en contraposición al monopolio y a la competencia perfecta²¹⁰). Las notas características son las siguientes: (a) el oligopolio fomenta la colusión, y (b) las empresas oligopólicas llegan pronto a la conclusión de que sus ganancias podrían incrementarse si realizaran acuerdos entre ellas; siendo tales acuerdos colusorios, es decir acuerdos explícitos o implícitos cuyo objetivo es aumentar el poder de mercado de las empresas que los realizan. Claramente en una situación de oligopolio hay pocas empresas compitiendo y ello básicamente porque existen barreras para la entrada de nuevas empresas.

El polo opuesto de la competencia perfecta es el monopolio. El vocablo monopolio viene del griego y significa “vendedor único”. Aplicado a la economía actual, significaría el único productor o vendedor en una cierta industria o mercado. Hoy en día, y sin contar los monopolios de estado, es raro encontrar un verdadero monopolio. Existen algunos monopolios que no son de Estado, pero sí otorgados por éste a los particulares. Un ejemplo clásico de ellos es la expedición de una patente para fabricar una medicina, o también podría ser el otorgamiento de una concesión del Estado para la explotación de cierto tipo de servicio público.

Uno de los elementos más importantes que deben de presentarse para que se dé un monopolio son las barreras a la entrada. En

²¹⁰ C. Herrero Suárez, “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 23, 2002, pp. 113–145.

ausencia de estas barreras, y ante un alza en los precios de los productos o una abaja en la calidad de los mismos, es posible que otros productores de bienes o servicios ingresen al mercado capturando ventas, es decir, en ausencia de barreras a la entrada, operaría la libre competencia.

En un mercado monopolizado, el agente monopólico tendrá dos opciones: vender más productos a un menor precio, ó vender menos productos a un mayor precio. Para optimizar sus ganancias optará por vender menos unidades a un mayor precio.

Resulta necesario señalar que las leyes de competencia no pretenden sancionar a los monopolios en sí mismos sino que lo que se sanciona son los medios que se utilizaron para alcanzar el monopolio o mantenerse en él.

El consumidor podrá identificar la existencia de un monopolio cuando: a) La presencia de un solo oferente en el mercado; b) Los bienes y servicios son únicos, es decir, no existen otros a los que los demandantes; c) Existen barreras importantes de entrada al mercado y por lo tanto es difícil salir del mismo.

La prueba de que existe monopolio, radica en el poder de este para excluir del mercado a sus competidores. Si una empresa puede mantener fuera a sus competidores potenciales, puede proceder con cierta impunidad a aumentar los precios, imponer condiciones de ventas, lo que va a dar lugar a acrecentar sus ganancias a expensas de los consumidores.

La economía establece la existencia de varias clases de monopolios, y señala varias clases de prácticas que obstaculizan el comercio o encarecen las mercancías. Así se puede hablar de monopolios puros, monopolios ex ante y ex post, competencia monopó-

lica, oligopolios, monopsonio, holding, trust, concentraciones²¹¹, centralización, La ley mexicana solo alude a una parte de las prácticas prohibidas en otras legislaciones legando a distinguir entre monopolios y prácticas monopólicas; comprendidas dentro de estos se prohíben aquellos.

Monopolio natural es el que surge cuando el costo promedio mínimo de producción ocurre a una tasa de producción más que eficiente para abastecer a todo el mercado a un precio que cubre el costo total. El término monopolio natural implica simplemente el resultado natural de las fuerzas del mercado en desarrollo de una organización monopólica. A medida que crece la producción la empresa puede cobrar uno precios más bajos y obtener, aun así. Un beneficio, ya que sus costes medios irán decreciendo.

Existe monopolio bilateral cuando existe un comprador y un solo vendedor. No tengo conocimiento que en México exista algo parecido. Este mercado es aquél en el que hay varios competidores ofreciendo productos heterogéneos o diferenciados, pero susceptibles entre sí. Las condiciones para identificar este tipo de mercados son: A) La presencia de muchos oferentes y demandantes pequeños. B) Los bienes y servicios son heterogéneos, es decir, distintos unos de otros pero susceptibles. C) Todos los oferentes y demandantes tienen información completa sobre los precios

²¹¹ Una concentración es un acto mediante el cual dos o más empresas se combinan. Esta concentración puede tomar la forma de fusión, adquisición del control o acciones o, en general, cualquier acumulación de activos o capital social. Muchas de las concentraciones entre empresas se realizan con el objetivo de expandir sus actividades hacia otros mercados, generar eficiencias en la producción o abaratar sus costos. Esto, en la mayoría de los casos, genera beneficios a los consumidores en términos de menores precios o mayores opciones de bienes y servicios, entre otros. Sin embargo, algunas concentraciones pueden reducir la competencia y dañar a los consumidores cuando su resultado es la creación o consolidación de poder de mercado.

y naturaleza de los bienes o servicios. D) Existe libertad de entrada y salida del mercado.

Las teorías modernas de la competencia económica asumen dos formas: la primera se deriva de la información imperfecta, de modo que las empresas son competidoras antes de que el cliente cruce el umbral, pero después son monopolísticas. La segunda categoría incluye los modelos de equilibrio especial. Estos modelos tratan de pronosticar donde se ubicarán las empresas en algún espectro de la calidad. Sus resultados dependen en alguna medida de los supuestos que se formulen acerca de la naturaleza de la sustitución entre los bienes.²¹²

La competencia monopolística, como su nombre lo indica tiene rasgos tanto del monopolio como de la competencia perfecta. Al igual que en el monopolio, cada empresa produce un artículo que los compradores consideran diferente de los artículos de los demás vendedores. Sin embargo hay competencia, ya que muchos otros vendedores ofrecen productos que son parecidos pero no sustitutivos perfectos. Esencialmente, la competencia monopolística es la competencia perfecta mas la diferenciación del producto.²¹³ En este último tipo de competencia imperfecta, llamada también competencia monopolística, existe un gran número de vendedores que produce bienes diferenciados. Esta estructura de mercado se parece a la competencia perfecta en que hay muchos vendedores, ninguno de los cuales posee una gran cuota de mercado. Se diferencia de ella en que los productos que venden las distintas empresas no son idénticos. Como estas venden productos algo diferentes pueden venderlos a precios distintos²¹⁴.

²¹² P. Gould John y Edward P. Lazer, *op. cit.*, p. 511.

²¹³ Fischer Stanley y otros, *op. cit.*, pp.247 y 248.

²¹⁴ *Idem.* p.155.

Oligopolio es aquel mercado en el que hay pocos participantes, los cuales son interdependientes entre sí. También en este tipo de mercados, cada uno de los participantes puede afectar el precio. Las decisiones que toman cada uno de los participantes en un mercado oligopólico respecto de la oferta y precio de sus productos se harán tratando de anticipar la relación de los demás competidores. Un mercado oligopolístico es aquel en el que la mayor parte de la producción está en manos de un puñado de grandes empresas, cada una de ellas suficientemente grande para influir en el conjunto del mercado.

Este mercado es total y contrario al monopolio porque si en el primero existe un solo productor, en el monopsonio existe un solo comprador y varios oferentes de bienes y servicios, por lo tanto, el comprador es el que va a establecer las condiciones de pago, desde luego el precio, calidad, etc., por lo tanto tan es malo un solo oferente de productos y servicios como también lo es un solo comprador de productos o servicios. En un mercado donde existe solamente un comprador se llama “monopsonio”²¹⁵.

2. Conductas sancionadas por el Derecho de la competencia

A) Acuerdos y prácticas concertadas

Corresponde analizar cuáles son los acuerdos y/o prácticas concertadas y sus principales características aclarando previamente que dicha explicación no abarcará todas las conductas anticompetitivas pues no incluirá las acciones unilaterales como precios predatorios, la negativa a vender, etc. (que podrían ser considerados, como veremos más adelante, como casos de abusos de posición dominante). Básicamente, los acuerdos anticompetitivos con-

²¹⁵ Caso. *E. Karl Y Ray c. Fair*. Principios De Economía Prentice, Prentice-Hall Hispanoamericana, Mexico, 1997.P.344

sisten en las situaciones en las cuales una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercado, etc.) pero todos tienen la característica común de que traen aparejado siempre un aumento en los precios y/o una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que habría en una situación donde no hubiera un acuerdo o práctica concertada. Tales acuerdos están prohibidos en las jurisdicciones con mayor desarrollo²¹⁶. Por ejemplo, la Ley Sherman prohíbe todo contrato, combinación o conspiración, restrictiva del comercio. El Tratado de Roma en su art. 81 prohíbe los “acuerdos entre empresas que tengan por objeto y/o efecto impedir, restringir el juego de la competencia”²¹⁷. Lo

²¹⁶ J.A. García Alonso, “Prácticas concertadas (*conspiracies*) en el Derecho antitrust”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 71–92.

²¹⁷ La práctica en la UE es abundante. *Vid.*, inter alia, Dec.Com. 7 abril 2004, *Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA*, DO L 362 de 9 diciembre 2004; STJCE 29 abril 2004, C–359/01 P, *British Sugar plc/Comisión*; STPI de 29 de abril de 2004, *Tokai carbón Co. Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, As. T–236/01, T–239/01, T–244/01, T–245/01, T–246/01, T–251/01 y T–252/01 STPI de 15 junio 2005, *Graphites spéciaux*, As. T–71/03, T–74/03, T–87/03 y T–91/03; STPI 8 julio 2004, *Mannesmannröhren–Werke/Comisión*, T–44/00; STPI 8 julio 2004, *Corus/Comisión*, T–48/00; STPI 8 julio 2004, *Dalmine/Comisión*, T–50/00; STPI 8 julio 2004, asuntos acumulados *JFE Engineering/Comisión*, T–67/00, *Nippon Steel/Comisión*, T–68/00, *JFE Steel/Comisión*, T–71/00, y *Sumitomo Metal Industries/Comisión*, T–78/00; Dec.Com. 9 diciembre 2004, *Cloruro de colina*, DO L 190 de 22 julio 2005; STJCE 28 junio 2005, *Dansk Rørindustri A/S (C–189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH y otros (C–202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C–205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C–206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C–207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C–208/02 P)* y *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C–213/02 P)/Comisión*, *Tubos de calefacción urbana (tubos preaislados)*, Asuntos acumulados C–189/02 P, C–202/02 P, C–205/02 P a C–208/02 P y C–213/02 P; STPI 18 julio 2005, *Scandinavian Airlines System AB/Comisión*, T–241/01; STPI (Sala Segunda) de 27 de julio de 2005, Asun-

mismo sucede en las legislaciones nacionales europeas y en todos los países que tienen estas normas (Argentina, Brasil, Chile, etc.).

tos acumulados T-49/02 a T-51/02, *Brasserie nationale SA* (anteriormente *Brasseries Funck-Bricher y Bofferding*), *Brasserie Jules Simon et Cie SCS y Brasserie Batín SNC v. Comisión de las Comunidades Europeas* (Mercedes Sabido Rodríguez); Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, en los asuntos *COMP/C2/3912-BUMA* y *COMP/C2/39151-SABAM* (Acuerdo de Santiago *COMP/C2/38126*, DO C 200 de 17 agosto 2005, pp. 11-12); STPI 15 septiembre 2005, *DaimlerChrysler AG/Comisión*, T-325/01; STJCE 16 febrero 2006, As. C-111/04, *Adriatica di Navegazione/Comisión*; STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-26/02, *Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd./Comisión*; STPI (Sala Cuarta) 15 marzo 2006. As. T-15/02, *BASF AG/Comisión*; STJCE 5 abril 2006, As. T-279/02, *Degussa AG/Comisión*; STJCE 6 abril 2006, As. C-551/03 P, *General Motors BV/Comisión*; STPI 2 mayo 2006, As. T-328/03, *O2 GmbH y Co. OHG/Comisión*; STJCE 18 mayo 2006, As. C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Co.*, y *Archer Daniels Midland Ingredients Ltd./Comisión*; STJCE 30 mayo 2006, As. T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG/Comisión*; STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-289/04 P, *Showa Denko KK/Comisión*; STJCE (Sala Segunda) 29 junio 2006, As. C-308/04 P, *SGL Carbón AG/Comisión*; STJCE 13 julio 2006, As. C-74/04, *Comisión/Volkswagen AG*; STJCE 13 julio 2006, Ass. C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*; STPI 16 noviembre 2006, As. T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA/Comisión*; STJCE 23 noviembre 2006, As. C-238/05, *Asnef-Equifax/Ausbanc*; STJCE 30 noviembre 2006, Ass. C-376/05 y C-377/05, *A. Brünsteiner GmbH y Autohaus Hilgert GmbH/Bayerische Montorenwerke AG (BMW)*; STPI 13 diciembre 2006, Ass. T-217/03 y T-245/03, *FNCBV/Comisión*; STPI 5 diciembre 2006, As. T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland/Comisión*; STJCE 6 diciembre 2006, As. C-94/04 y C-202/04, *Frederico Cipolla/Rosaria Portolese, Stefano/Macrino y Claudia Capodarte/Roberto Meloni*; STJCE 14 diciembre 2006, As. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA)*; STPI 14 diciembre 2006, Ass. T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros/Comisión*; STJCE 18 enero 2007, As. C-421/05, *City Motors Groep NV/Citroën Belux, NV*; STJCE 26 enero 2007, As. C-273/06, *Auto Peter Petschenig GmbH v. Toyota Frei Austria GMBH*; STJCE 8 febrero 2007, As. C-3/06 P, *Danone/Comisión*.

En un primer momento se trataba de acuerdos expresos. Sin embargo, luego fue desarrollándose la elaboración jurisprudencial del concepto de “práctica concertada” (ya recogida en los textos legales) por el cual dejó de ser necesario que haya un acuerdo expreso siendo suficiente que se contemple una acción en concierto y que las partes se ajusten a ella. Las pruebas admisibles de que había “prácticas concertadas” se fueron ampliando paulatinamente desde la existencia de reuniones, envío de cartas, etc., hasta la simultaneidad en la fijación de precios. Todo ello fue generando la creación del concepto de “paralelismo consciente” que se define como aquellas prácticas que, sin estar concertadas, son aplicadas por los participantes del mercado en la misma forma y en el mismo tiempo.

Dicha práctica está prohibida cuando tiene por fin la distorsión de la competencia pero permitida si encuentra una justificación comercial (por ejemplo, en caso que los precios de los insumos varíen u otros costos aumenten). Existen tres elementos básicos y necesarios para que un cartel (colusión) pueda establecerse de manera exitosa, a saber: (i) capacidad para incrementar los precios, (ii) bajas penalidades esperadas, y (iii) bajo costos de organizar el cartel. Adicionalmente, la presencia de barreras para la entrada de nuevos competidores es un elemento que se menciona como favorecedor de la colusión. Un pacto colusorio o cartel será mucho más efectivo, en una industria en la cual el ingreso de nuevas empresas sea dificultoso (o esté limitado por barreras legales) que en una industria donde es sencillo que ingresen nuevos competidores.

Naturalmente que la ausencia de normas (o su aplicación) que sancionen prácticas anticompetitivas determinará la mayor presencia de acuerdos colusorios. De hecho, los países que aún no tienen este tipo de normas o a pesar de tenerlas no las aplican adecuadamente son campos mucho más fértiles para los acuerdos colusorios.

Hay varias legislaciones (por ejemplo, la alemana) que incluyen en sus normas definiciones sobre acuerdos horizontales o verticales.

Brevemente, hay colusión horizontal cuando dos empresas que se encuentran en la misma etapa del proceso de comercialización y en el mismo mercado realizan un acuerdo restrictivo de la competencia. Un ejemplo típico y evidente sería cuando dos empresas que comercializan granos en cierto mercado relevante acuerdan repartirse geográficamente el mercado. En fenómeno se produce, más exactamente entre empresas que operan en igual nivel productivo y en el mismo mercado. Son ejemplos de acuerdos horizontales los siguientes: fijación de precios, reparto de mercado, limitación de la producción, licitación fraudulenta, fijación de “otras condiciones de la transacción”, intercambio de información entre competidores, restricciones de publicidad, acuerdos de producción y/o de compra conjunta²¹⁸. La lucha contra los cárteles de carácter internacional ha adquirido en los últimos años una extraordinaria importancia y en la que están coincidiendo las autoridades de competencia de diversos lugares del mundo. En una economía globalizada, en la que los mercados tienden a integrarse y las empresas se internacionalizan y se concentran, las prácticas monopólicas también se vuelven internacionales. Las conductas que mayores daños pueden ocasionar al comercio mundial son precisamente estos carteles internacionales que, a través de conspiraciones para fijar precios o dividir el mercado, aumentan los

²¹⁸ M^a B. González Fernández, “El intercambio de información entre empresas y la libre competencia”, *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 363–369; T. Lorca Morales, “El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta donde es posible llegar sin incurrir en una infracción del Derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica UE*, n^o 18, 2010, pp. 60–74.

precios que todos los países tienen que pagar por los bienes que comercian²¹⁹.

Por contraposición, un acuerdo vertical abarca dos o más empresas que se encuentran en diferentes etapas del proceso de producción. Siguiendo el ejemplo anterior las dos empresas que comercializan granos acuerdan con el principal comprador de los granos el precio a pagar por cierto período de tiempo. Ejemplos de acuerdos verticales son: la fijación vertical de precios, asignación de territorios o clientes, indicación de volúmenes máximos o mínimos de venta. Vale la pena recordar que los acuerdos horizontales o verticales no agotan el elenco de posibles prácticas anticompetitivas ya que quedan fuera de la clasificación (pero no de las normas) las prácticas unilaterales, por ejemplo: los precios predatorios.

B) Mercado relevante

Sin duda esta es la noción más importante para la interpretación de las normas de defensa de la competencia; no siendo posible entender esta normativa y su aplicación sin conceptualizarlo adecuadamente. Es además, el mercado a “tener en cuenta” y/o el mercado “afectado”. Se trata del “punto de partida de todo análisis de competencia, y como es natural, del correspondiente a una conducta anticompetitiva. Existe cierta unanimidad en Derecho comparado que el mercado relevante debe definirse teniendo en cuenta los productos y/o servicios (Mercado del Producto) y el área geográfica determinada (Territorios). Definir el mercado en

²¹⁹ En un estudio reciente presentado por la OCDE, se estima que estos carteles internacionales ocasionan daños al comercio internacional que se estima en un valor aproximado de 85 mil millones de dólares. Este encarecimiento del comercio afecta gravemente a los países en desarrollo, por el monto de sus importaciones de los productos cartelizados.

términos geográficos y de productos equivale a decir que si los precios fueran apreciablemente elevados o el volumen apreciablemente limitado para el producto en un área determinada, mientras que la demanda permanece constante, no cabría esperar que una oferta proveniente de otras fuentes entraría con la rapidez y en la cantidad suficientes para restablecer el antiguo precio o volumen. Si una oferta suficiente ingresara con la necesaria rapidez desde otras áreas geográficas entonces el “mercado definido” no es suficientemente amplio en términos geográficos; si una oferta ingresara con la necesaria rapidez en la forma de mercaderías provenientes de otros productores que no habían sido incluidos en el mercado de productos originalmente definido, entonces tal mercado no es lo suficientemente amplio en términos de los productos definidos. Por lo tanto el “mercado relevante” es el mercado más reducido que sea lo suficientemente amplio para que los productos de áreas adyacentes o de otros productores que actúan en la misma área, no puedan competir con paridad suficiente con aquellos incluidos en el mercado”.²²⁰

El mercado afectado hace referencia a lo que se denomina como mercado relevante. El análisis y definición del mercado rele-

²²⁰ Para la definición del mercado relevante la “Comunicación de la Comisión sobre definición del mercado relevante” sirve de referencia en los casos de competencia al considerarse dos perspectivas: el mercado de producto, o conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en el cumplimiento de las necesidades de los consumidores, y por tanto, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos (mercado relevante de producto); y el mercado geográfico, o zona en la que las condiciones de competencia en la prestación de dichos productos son lo suficientemente homogéneas y diferenciadas de las zonas geográficas más próximas. La definición del mercado relevante implica en consecuencia la identificación del conjunto de productos sustitutos y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas (Comisión Europea, “Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, DO n° C 372, 1997).

vante produce diferentes resultados en el análisis de posición de dominio y del abuso que se piensa adelantar. Una segmentación amplia de un mercado disminuye la potencialidad para que una empresa obtenga posición de dominio. Asimismo una segmentación estrecha aumenta la posibilidad de definir que exista posición de dominio, ya que en uno y otro caso el número de competidores aumenta o disminuye. Es claro que las cuotas de mercado aumentan y disminuyen de acuerdo a una segmentación estrecha o amplia.

La segmentación del mercado relevante se adelanta desde el punto de vista territorial como de producto. Es decir un mercado relevante puede ser internacional, nacional, departamental, urbano, rural, e inclusive zonal. Existe la posibilidad de segmentar una pequeña parte del territorio siempre y cuando se encuentren características propias que lo permitan separar o escindir de otros territorios. Así, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones la telefonía fija local de un municipio no compite con la telefonía fija de otro territorio, resultando dos mercados territoriales diferentes. En este caso se trata de dos mercados absolutamente diferentes. El en mercado de televisión ocurre algo parecido, ya que en determinadas zonas solo puede tener acceso un operador municipal.

Desde el punto de vista del producto cobra importancia la sustituibilidad que existe entre el producto principal y otros bienes. Así, en el análisis de posición de dominio entrarán a hacer parte aquellas empresas que fabrican los bienes sustitutos, disminuyendo la cuota de mercado del analizado. Para determinar la sustituibilidad debe tenerse en cuenta que los sustitutos complazcan las necesidades que el consumidor pensaba satisfacer con la adquisición del bien principal. La necesidad se satisface por precio, calidad, servicio, duración, etc. Cada persona que se proponga delimitar el mercado relevante debe justificar económicamente la segmentación adelantada. Cabe señalar que el abuso debe poner en riesgo o afectar el mercado relevante, que es el bien jurídico pro-

tegido por las prohibiciones típicas o los comportamientos atípicos de quien ostenta posición dominante.

En materia de mercado geográfico relevante la cuestión central será determinar o identificar si una variación de precios provocará o no sustitución de productos. Es decir, si los clientes, a corto plazo y a un costo insignificante, transferirán sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar ante una variación pequeña pero permanente de los precios relativos.

En este análisis deberá estudiarse los obstáculos efectivos que enfrenta una empresa “A” para irse o trasladarse a vender en otro territorio. Ejemplos de esos obstáculos son los siguientes, requisitos, costos y/o impedimentos para localizarse en otro mercado, costos de transporte, posibilidad de acceso a los canales de distribución, regulaciones de precios, derechos aduaneros, barreras arancelarias y no arancelarias. Si como resultado de dicho análisis, pudiera concluirse que la empresa del territorio “A” no está expuesta a una competencia efectiva los potenciales interesados no serán considerados en la definición de mercado geográfico relevante.

En suma, para definir el mercado relevante hay que tener en cuenta la noción área geográfica y el tipo de producto o servicio involucrado. Si bien no es común algunos autores incluyen dentro de las nociones que deben considerarse para definir un mercado relevante la noción temporal. Como consecuencia de todo esto, puede afirmarse que el conjunto de presiones competitivas (de otros mercados u otras áreas geográficas) determinará el mercado relevante en el que opera la empresa en cuestión.

C) Abuso de posición dominante

El control sobre las conductas que adopten las empresas que tengan una de dominio²²¹ complementa adecuadamente un sistema de preservación de la libre competencia ya que las normas en materia de competencia controlan que las empresas (cuando hay varias) adopten conductas competitivas y no violatorias y cuando hay pocas o cuando una de ellas tiene posición dominante les prohíbe abusar de dicha posición; pero no detentarla. Hay muchas definiciones sobre el concepto de abuso de posición dominante a nivel de Derecho comparado y en la doctrina especializada²²². Todas ellas, como se verá, tienen en común la noción de que la empresa que tiene posición dominante es la empresa que se comporta en el mercado considerado con total independencia. Los elementos que configuran la conducta prohibida son tres: la existencia de una posición de dominio, el comportamiento abusivo, y la afectación del mercado.

La posición dominante se define por el poder de una o más empresas, mediante la confiscación en su provecho de la influencia sobre el mercado, de determinar su conducta con total inde-

²²¹ La posición de dominio de una empresa no es en si recriminable, simplemente significa que [...] la empresa en cuestión tiene una responsabilidad especial para que su conducta no impida o distorsione la genuina competencia [...]” (STJCE, asunto C 322/81: *Michelin v. Commission*).

²²² “El concepto de abuso es un concepto objetivo relativo al comportamiento de una empresa con una posición de dominio que puede influir en la estructura de un mercado donde la competencia es débil., y que recurriendo a métodos distintos de la competencia normal..., tiene el efecto de impedir el mantenimiento del grado de competencia que todavía existe en el mercado” (STJCE, asunto C 85/76; *Hoffmann-La Roche v. Comisión*). C. Fernández Nóvoa: “Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979: Significación y delimitación del mercado relevante”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 6, 1979–1980, pp. 261–276.

pendencia, en sus relaciones verticales y/o horizontales y de comportarse de tal forma que la posición de dependencia económica sea utilizada, conscientemente o no, para conservar o reforzar ese poder. La jurisprudencia y la doctrina han elaborado varios de los elementos necesarios para determinar la existencia de posiciones dominantes y en definitiva la ausencia de competencia efectiva²²³.

Entre tales elementos cabe mencionar los siguientes: (i) número de empresas que actúan en el mercado relevante, (ii) participación proporcional de la empresa en el mercado relevante, (iii) tamaño absoluto de la empresa, (iv) relación precios – costos de la empresa, (v) relaciones con proveedores y canales de distribución, (vi) elasticidad de la demanda, (vii) poder de fijación de precios, y (viii) análisis de situaciones coyunturales²²⁴. El concepto de posición dominante es un concepto objetivo por el que la empresa

²²³ Dentro de la práctica de la UE *vid., inter alia*: Dec.Com. 24 marzo 2004, *Microsoft Europe*, COMP/C-3/37.792: Noción de abuso de posición dominante (la tensión entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual); Dec. Com. 20 octubre 2004, *Deutsche Post AG y RFA*, COMP/38.745: Abuso de posición dominante cometido por el operador postal histórico de Alemania, por el hecho de una disposición legislativa que deberá ser modificada; STPI 26 enero 2005, *Piau/ Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, T-193/02, Rec., p. I-1113: Posición dominante colectiva; Dec.Com. 22 junio 2005, *Coca-Cola*, COMP/A.39.116/B2, DO L 253 de 29 septiembre 2005: Decisión compromiso (Coca-Cola se compromete a no abusar de su posición dominante y se libra de toda sanción); STJCE 11 julio 2006, As. C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión*; STPI 30 enero 2007, As. T-340/03, *France Télécom SA/Comisión*; STJCE 15 marzo 2007, As. C-95/04 P, *British Airways/Comisión* y *Virgin Atlantic Airways*.

²²⁴ La posición de dominio, dice el Memorando de la Comisión de la Unión Europea de fecha 1/12/1965, es en primer lugar un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible. Todas las definiciones de posición dominante tienen como elemento central la independencia con la que puedan actuar quienes tengan tal posición respecto de sus competidores, compradores y consumidores y /o la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva.

dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado y/o perjudica injustamente a sus competidores. Hay conductas abusivas cuando la empresa dominante, actuando sin la justificación de un interés objetivo, explota o perjudica gravemente a las otras empresas que operan en el mismo o a los consumidores y que el hecho que una o más personas se comporten en el mercado de forma de obtener ventajas anormales en relación a las que lograrían en caso de sufrir las presiones de fuerzas concurrentes es igualmente constitutivo de abuso.

A su vez, varias conductas pueden ser consideradas como normales para cualquier empresa en el mercado y podrían ser adoptadas sin ningún problema por las empresas no dominantes, mientras que las mismas conductas pueden resultar prohibidas para una empresa dominante. Desde esta concepción objetiva se deriva la idea de que la empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento de seguir manteniendo una actitud competitiva, a las que son ajenas las empresas no dominantes. Existe abundante desarrollo sobre las formas y ejemplos más comunes de abusar de una posición dominante. Los ejemplos más comunes son: (i) imposición de precios abusivos, (ii) imposición de condiciones abusivas de contratación, (iii) negativa a satisfacer pedidos, (iv) precios u otras condiciones discriminatorias, y (vi) imposición de prestaciones u operaciones suplementarias.

El mercado afectado en los casos de abuso de posición dominante es el mercado relevante por lo que nos remitimos a las consideraciones que hicimos al comentar este concepto.

Para abusar de la posición de dominio es necesario previamente contar con posición de dominio, pues nadie puede abusar de lo que no tiene. En ese sentido nadie puede abusar de la posición de dominio si no cuenta previamente con posición de dominio. Si-

guiendo esa línea de argumentación el abuso de la posición de dominio requiere un sujeto calificado específico, como lo es aquel agente económico que cuente con posición de dominio, pues aquel que no ostente dicha posición no será sujeto destinatario de la prohibición definida como abuso. Dicho de otra manera, si no se cuenta con posición de dominio los comportamientos que son prohibidos para el que la ostenta son permisivos para el que no la ostenta, sin perjuicio de que sean dañinos a la propiedad privada (abuso de posición dominante en lo privado), pero si excluidos de la responsabilidad sancionatoria administrativa, pues ahí se necesita un sujeto calificado específico (abuso de la posición de dominio de mercado).

La posición de dominio es un estado económico. Se presenta cuando un agente económico puede actuar independientemente de competidores y consumidores. Cuando una persona puede abstraerse de la competencia efectiva, influyendo preponderantemente en el mercado, es decir, actúa sin tener en cuenta a otros agentes económicos. Lo usual en un mercado con competencia efectiva es que cualquier actuar de un competidor sea precedido de un estudio sobre la consecuencia de su comportamiento, particularmente la respuesta que tendrán sus competidores. En esa medida si un comerciante aumenta el precio de sus productos lo usual es que él adelante una proyección y determine si los consumidores estarán dispuestos a pagar ese precio por el producto, así como la proyección de si los competidores también subirían el precio o lo dejan estable, definiendo así las consecuencias comerciales de su actuar. Pero cuando un agente económico no cuenta con competencia efectiva, ese análisis sobra, pues su comportamiento depende de él, pues el mercado lo requiere, y el actuar del consumidor y de los competidores pasan a un segundo plano debido al gran poder y dependencia del mercado hacia ese agente económico. De tal suerte, la posición de dominio se presenta cuando un mercado depende en gran medida de un agente económico, quien, al no contar con competencia efectiva que le resulte como un contrapeso decide la

suerte de su mercado independientemente de consumidores y de competidores²²⁵.

La posición de dominio se presenta cuando no se cuenta con competencia efectiva, permitiendo que un agente económico actúe independientemente de competidores y consumidores²²⁶. Nótese que no se trata de la posición del agente económico frente a una persona en particular, sino frente a un mercado. Esa es la posición que le interesa al Estado al salvaguardar como bien tutelado la economía. Y en ese sentido, es la administración la que viene a definir que dicho sujeto es destinatario de unas prohibiciones, ya que la dependencia del mercado hacia a aquel convierte en riesgoso su comportamiento, el cual en adelante estará limitado a fin de proteger el interés público²²⁷. Ahora bien, adquirir posición de dominio es un premio a la eficiencia. Pues el eficiente acaba con sus competidores en el supuesto que éstos sean ineficientes. De ahí que la posición de dominio no sea ilegal, siéndolo si el abuso.

Por ello la posición de dominio no es ilegal, es tan solo un estado económico que convierte al agente económico que la ostenta en un sujeto calificado de prohibiciones que limitan su autonomía de la voluntad, constituyéndose la posición de dominio un límite más a un sujeto calificado específico. Las prohibiciones están basadas en el provecho que puede sacar un agente con posición de dominio, que es lo que se denomina abuso de la posición de dominio, lo cual no hubiera ocurrido, me refiero al provecho, si se estuviera en un mercado con competencia efectiva, donde cual-

²²⁵ E. Prieto Kessler, “Principales problemas de la regulación del abuso de la posición de dominio”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea de la competencia*, enero–febrero, 2000.

²²⁶ G. Coloma, *Defensa de la competencia*, Buenos Aires–Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

²²⁷ G.A. Martínez, “El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 14, abril, 2002.

quier agente depende del comportamiento de competidores y consumidores²²⁸. Se discute si la posición de dominio deviene de un solo agente económico o si es posible pregonarla de dos o más agentes económicos, es decir conjunta. La posición dominante conjunta, dicen algunos, se presenta cuando en mercados muy concentrados los agentes económicos sin arreglar expresamente su comportamiento se comportan en provecho del grupo, adelantando comportamientos que entre ellos no afectan su situación, dejando de competir, lo cual en circunstancias de competencia efectiva no ocurriría²²⁹. Dicho comportamiento genera en si un daño a la economía pues no se está compitiendo, sin embargo no existe arreglo expreso entre los comerciantes, pero si tácito²³⁰.

Abusar de la posición de dominio significa obtener provecho de la posición de dominio, es decir obtener ganancia injustificada basado en la falta de competencia efectiva²³¹. No se trata de un abuso de derecho, pues para que se presente el abuso de derecho no debe existir la prohibición, y en este caso el comportamiento se encuentra expresamente prohibido, por tanto no se puede abusar de lo que se encuentra prohibido. Se abusa del derecho cuando se encuentra dentro de la permisión legal pero abusando de ella.

Para la calificación de abuso de posición de dominio siempre se requiere la existencia previa de posición de dominio, es decir, es necesario que se esté en presencia de un sujeto calificado, de un destinatario de la prohibición. Resulta importante señalar que lo

²²⁸ M. Quaglia, “La posición dominante en el mercado y la defensa de la competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 22, noviembre de 2006.

²²⁹ C. Bellamy, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992.

²³⁰ J. Pascual y Vicente, “El abuso de la posición de dominio”, *RDM*, 2002.

²³¹ T. Dutrenit Ugarte, “Abuso de posición dominante”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 17, julio, 2003.

anterior es válido para el juicio administrativo, donde el bien tutelado es el mercado, y allí se requiere la existencia del sujeto calificado específico, es decir, quien tenga posición de dominio de mercado, llegando a la conclusión que cuando la prohibición es adelantada por un agente sin posición dominante de mercado el comportamiento no puede ser calificado como restrictivo, sin embargo, quedan a salvo las acciones privadas que pueden ejercer quienes se sientan perjudicados por el actuar del que no tiene posición de dominio²³².

²³² En Argentina resulta de interés el caso caso YPF, que se inició de oficio en el mes de agosto de 1997, por las autoridades argentinas de competencia como corolario de un estudio de mercado que indicaba la existencia de diversas irregularidades detectadas en las ventas de gas licuado de petróleo (GLP) a granel: 1) importantes incrementos experimentados en los precios de venta a los fraccionadores locales desde fines de 1992 a 1997, no originados en mayores costos de producción; 2) un contexto de cuasiestancamiento de la demanda interna; 3) importante aumento en la producción y en la exportación, y 4) existencia de una brecha creciente entre los precios de venta a fraccionadores locales y los precios de exportación. La investigación de la CNDC se dirigió a comprobar la hipótesis de que YPF se estaba comportando como una empresa con posición dominante, que ejecutaba una política de restricción de la oferta interna para mantener alto el precio de venta a los fraccionadores locales, en comparación con los precios de exportación. La presunción era que si YPF, en lugar de destinar a la exportación un volumen importante de su producción, la destinara al mercado doméstico, los precios en este mercado deberían de haberse acercado a los precios de exportación. Para analizar esta conducta se definió el mercado relevante como el de la comercialización doméstica de GLP a granel, y se incluyó tanto la demanda del sector petroquímico como la demanda de los fraccionadores locales. La oferta estaba constituida por todas las empresas locales productoras de GLP. Se sostuvo, asimismo, que la cobertura geográfica del mercado relevante era de alcance nacional. Para definir la dimensión del mercado del producto se tuvieron en cuenta tanto los factores de sustitución desde la demanda como desde la oferta. Desde el punto de vista de la demanda, se sostuvo que ni el sector petroquímico ni el sector de los fraccionadores locales (demanda como combustible) contaba con la posibilidad efectiva de reemplazar el GLP por otro producto. En el caso del sector petroquímico, la conclusión fue que el GLP satisfacía necesidades específicas de su proceso productivo. Por otra parte, se consideró que el GLP a granel no presentaba posibilidades de susti-

D) Interés económico general

Otro de los conceptos claves de las normas de defensa de la competencia es el de interés económico general. Varias legislaciones tienen previsiones por las cuales aclaran que a los efectos de determinar si una conducta es o no violatoria de las normas de defensa de la competencia deberá determinarse si afecta o no el interés económico general. Es decir, es un concepto que tiene como principal efecto que puede llegar a limitar significativamente el marco de las prohibiciones de las leyes de competencia. La razón de ello es que no todas las conductas lesivas de la competencia son contrarias a los intereses económicos de la comunidad. Por ejemplo: el acto por el cual dos empresas se fusionan puede disminuir la competencia en cierto sector pero podría significar (por aplicación de las economías de escala) una eventual reducción de los precios).

La competencia en los mercados es un valor positivo de significación, [...] se parte del supuesto que los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y que la libre competencia en los mercados es la verdadera fuerza impulsora de la economía. No podrá entonces argumentarse válidamente, que un acuerdo de fijación de precios, es correcto y no afecta el interés económico general. Sencillamente, hay algunas conductas donde

tución desde la oferta, por los elevados tiempos, costos, riesgos financieros y crediticios, asociados a la inversión de un posible nuevo competidor. Con relación a la extensión del mercado geográfico, se indicó que un mercado geográfico puede tener alcance regional, nacional o internacional. La prueba mostraba que para el caso de Argentina no era correcto asignar al mercado de GLP un alcance internacional. Los costos de importar GLP al país eran elevados con respecto a su precio; del mismo modo, la propia acción de YPF contribuía a mantener separados los mercados interno y externo. Efectivamente, en sus contratos de exportación de GLP dicha empresa incluía cláusulas que prohibían el reingreso del producto al país.

el análisis de si se perjudica o no el interés económico general directamente no corresponde o de otro modo, debe considerarse automáticamente perjudicado el interés económico general. El interés económico general no es el interés de un competidor en particular o de un grupo de competidores sino de la sociedad en general, con especial atención a los consumidores. El método adecuado para evaluar en qué medida se perjudica o beneficia el interés económico general, consiste en computar por una parte los beneficios que puede derivar para la comunidad, o un sector de esta, y por otra los perjuicios que resulten, considerados en forma similar, teniéndose en cuenta en ambos casos consideraciones de índole económico.

CAPÍTULO III

PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICATIVAS DE CARÁCTER TRANSFRONTERIZO

I. Retos derivados de la diversidad existente en la normativa sobre competencia de los Estados

1. Insuficiencia de modelos uniformes

Con la finalidad de proporcionar seguridad y eficiencia a la política y a la práctica de la competencia económica, ésta debe ajustarse a modelos, estándares y puntos de referencia internacionales. Por una parte, la política de competencia no debe convertirse en obstáculo a la inversión y a la entrada de nuevas inversiones al fijar requerimientos espurios o redundantes y convertirse en sí misma en una barrera de entrada. Cualquier país debe mantener su posición competitiva, para lo cual requiere que existan regulaciones acordes con las de otros países del mundo en materia de competencia²³³.

²³³ Por ejemplo, para lograr en México este objetivo, la CFC ha llevado a cabo diversas acciones. En primer lugar la LFCE se elaboró con el apoyo de diversas organizaciones internacionales, entre las que se incluyen la OCDE y la Federal Trade Comisión (FTC) de EUA, asegurando de esta forma adoptar un esquema consistente con las tendencias internacionales más recientes. En segundo lugar, la CFC mantiene contacto permanente con entidades del exterior. La Comisión participa tres veces al año en las reuniones de expertos en materia de competencia, que se llevan a cabo en el seno de la OCDE. En es-

Indudablemente uno de los principales retos a los que debe enfrentarse la OMC es el relativo a la diversidad existente en la normativa sobre competencia que mantienen los Estados miembros, pues tal normativa responde a muy distintas lógicas y hoy por hoy se carece de unos modelos uniformes que frenen dicha diversidad en la medida en que obstaculicen el comercio internacional. Existen notables diferencias entre unos Estados y otros en lo que respecta no sólo a la promulgación de leyes sobre competencia, sino también al grado de aplicación de esas leyes., lo que implica que el coste en recursos de la adhesión a las disposiciones de un marco multilateral dependerá probablemente en medida considerable de las circunstancias concretas de cada país. Además de en sus experiencias en cuanto a la promulgación y aplicación de leyes sobre competencia, Estados que se encuentran en la misma fase de desarrollo pueden diferir en los costes de la mano de obra cualificada.

Téngase en cuenta que las distintas reglamentaciones y prácticas estatales sobre competencia en el mercado muchas veces care-

tas reuniones se intercambian experiencias con representantes de las autoridades de competencia de los países pertenecientes a esta organización que reúne a los países industrializados. Adicionalmente, la Comisión participa, desde su creación, en la Red Internacional de Competencia Económica (RI-CE), donde ocupa una vicepresidencia, el cual es un organismo virtual que agrupa a cerca de 80 autoridades de competencia de todo el mundo, con el propósito de buscar principios generales que sean aceptados por todos los países y que sirvan de base para armonizar las legislaciones de competencia. Asimismo, busca encontrar prácticas mejores y parámetros de referencia de tal forma que se puedan uniformar y hacer eficientes los procedimientos a nivel global. Finalmente, se intercambian experiencias y se busca apoyar a diversos países en la consolidación de sus autoridades de competencia o en el establecimiento de regímenes en los países que no cuentan con uno. *Vid.* E. Pérez Motta, “The Role of the International Competition Network (ICN) in the Promotion of Competition in developing Countries: The Case of Mexico”, *The International Competition Network at ten: Origins, Accomplishments and Aspirations* (P. Lugard, ed.), Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 217–236.

cen de total eficacia²³⁴ cuando no son absolutamente ineficaces²³⁵. No en vano se propugna desde distintos foros internacionales, señaladamente desde la OMC por el establecimiento de un Derecho de la competencia mundial a largo plazo²³⁶.

Como es bien sabido, las políticas de promoción a la competencia se refieren al conjunto de normas que tienen por objeto fomentar la actividad económica basada en la libertad económica individual y el ejercicio de la libre empresa. La libertad económica permite a cada individuo escoger la actividad en la que se considera más productivo, lo que genera una mayor productividad y eficiencia, tanto de cada individuo como de todo el sistema económico. Pese a que los orígenes de las políticas de promoción de

²³⁴ Por ejemplo, la *OECD Peer Review* de México de 2004 informó que, en los últimos años de la aplicación del Derecho de la competencia en dicho país, los casos de cárteles que involucraban pequeñas empresas eran comunes, ya que las pequeñas empresas con frecuencia no eran conscientes de que la fijación de precios era ilegal y argumentaron que era necesaria una acción conjunta para competir con eficacia contra mayores rivales. Sin embargo, como se ha extendido la concienciación del hecho de que existe una ley de competencia, así como el hecho de que no se permite dicha defensa, el número de casos contra pequeñas empresas se ha reducido en gran medida. OCDE, *Competition Law and Policy in Mexico – An OECD Peer Review* (2004), p. 20, <http://oecd.org/dataoecd/57/9/31430869.pdf>.

²³⁵ Por ejemplo, una *OECD Peer Review* de Argentina en 2006 advirtió que mientras la ley de competencia del país establecía normas expresas de promoción de la competencia, en ese momento la autoridad en materia de competencia estaba desbordada de trabajo revisando fusiones y, por lo tanto, era incapaz de llevar a cabo promoción de la competencia en sectores regulares de una forma continua.⁴⁹ Al garantizar que las actividades innecesarias o ineficaces se reducen al mínimo, una autoridad puede maximizar los recursos que puede destinar tanto a los esfuerzos de aplicación como de promoción. OCDE, *Competition Law and Policy in Argentina – A Peer Review* (2006), p. 43. <http://oecd.org/dataoecd/36/57/37970045.pdf>.

²³⁶ Vid. I. De León, “Should We Promote Antitrust in International Trade?”, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 21, n° 2, 1997, pp. 35–63; M. Montañá Mora, “La OMC y el Derecho de la competencia ¿Hacia un Derecho de la competencia mundial?”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 200, 1999, pp. 67–80.

la competencia datan del siglo pasado, dichas políticas son en muchos Estados, señaladamente los latinoamericanos, un fenómeno moderno. Los sistemas de promoción de la competencia se asientan en la idea de que la forma más eficiente de organizar la actividad económica en una sociedad está basada en la competencia y rivalidad empresarial, por ser éstas las responsables de generar un constante proceso de innovación empresarial y, por lo tanto, la fuente principal del desarrollo económico. Hasta tiempos recientes, sin embargo, la concepción dominante en el diseño de política había sido otra muy diferente. En el período comprendido entre las décadas de los años cincuenta y la de los años ochenta, la orientación de la política económica fue la de promoción de la industria local a través de medidas de política comercial e industrial. Esta propuesta de políticas públicas condujo a una intervención gubernamental intensa que dio lugar a estructuras de mercado concentradas y poco competitivas, pues, como consecuencia de la alta intervención gubernamental disminuyeron considerablemente los incentivos para realizar esfuerzos dirigidos a la innovación.

Con la llegada de un nuevo conjunto de principios, basados en el desarrollo de sistemas económicos fundamentados en la libertad de empresa de los individuos y no de la actividad llevada a cabo por medio de organismos dependientes del Estado, se hace necesario establecer un conjunto de políticas, normas e instituciones que promuevan e incentiven la capacidad de innovación empresarial. Este es precisamente el objetivo de las políticas de promoción a la competencia. La visión tradicional de la política de competencia se sitúa en el contexto de la aplicación de medidas antimonopolios provenientes, fundamentalmente, del Derecho estadounidense y del Derecho de la unión Europea. Esta visión conservadora ha servido de fuente de inspiración para el diseño de política de competencia en muchos países en vías de desarrollo y es, indudablemente, una fuente de experiencias que deben ser tomadas en cuenta. No obstante, la posibilidad de tomar como referencia las experiencias en otros países tiene límites evidentes, en primer lugar, por-

que cada sociedad tiene sus propias características y problemas y, en segundo lugar, porque las políticas aplicadas en otros países, aunque sea en los más desarrollados, obedecen a sus propias realidades económicas e institucionales. Cuando se parte de la concepción de la actividad económica como un proceso evolutivo, se llega necesariamente a la conclusión de que las conductas de los agentes no pueden ser evaluadas como pro-competitivas o anti-competitivas de acuerdo a la situación en un momento determinado, sino que deben ser analizadas dentro de un contexto temporal. Lo que en un momento determinado puede ser considerado una acción restrictiva del comercio puede muy bien ser una práctica eficiente, desde el punto de vista particular y social, cuando se la considera en un contexto temporal.

Una práctica que efectivamente restrinja el comercio en un momento tendrá como consecuencia la elevación de los precios en el mercado o el empeoramiento de la calidad de los productos que, aunque tienen efectos negativos sobre los consumidores, atraen la atención de otros empresarios. Esto es así porque toda conducta que afecte negativamente a los consumidores significa una oportunidad de ganancia para otros empresarios, que al entrar al mercado pueden aprovechar la insatisfacción de los clientes para introducir sus productos. Lo anterior significa que incluso las prácticas consideradas a corto plazo como limitativas de la rivalidad empresarial pueden dar lugar a mejoras económicas y sociales a lo largo del tiempo. En este sentido la promoción de la competencia debe enfocarse a la eliminación de aquellas prácticas que no favorezcan el libre comercio a lo largo del tiempo, por ejemplo limitando indiscriminadamente y por tiempo indefinido el acceso de competidores, y no sólo a concentrarse en aquellas que lo hacen solo de manera temporal.

2. Medidas contra los nuevos tipos de prácticas comerciales restrictivas

Una nueva reducción de los obstáculos privados que se oponen al acceso a los mercados (en el caso de los productores y consumidores tanto de los países exportadores como de los países importadores) y a la entrada en el mercado sería una medida lógica en la liberalización progresiva del comercio internacional y aumentaría la eficiencia económica, el crecimiento y el bienestar de los consumidores en un plano global, al mismo tiempo que reduciría las tensiones en las políticas comerciales o de la competencia.

Una acción en este ámbito sería particularmente conveniente porque los Acuerdos de la Ronda Uruguay han acentuado los controles de los gobiernos sobre las restricciones comerciales, pero al mismo tiempo aumentando en general la competencia potencial en los mercados internacionales, pueden inducir a las empresas a incrementar los esfuerzos para evitar los efectos de la liberalización comercial mediante las prácticas comerciales restrictivas. Las medidas pactadas en la OMC y destinadas a aumentar la liberalización comercial, contribuyen a aumentar la competencia en los mercados afectados. Así, por ejemplo, la eliminación de una barrera a la entrada en un sector específico del GATS aumentaría la competencia en dicho sector. De la misma forma, determinadas acciones emprendidas por los responsables de la política de competencia y destinadas a reducir las barreras de entrada a un mercado, coadyuvarían a conseguir los objetivos de la política comer-

cial²³⁷. Las tensiones entre las dos políticas surgen a causa de las incoherencias en las excepciones²³⁸.

La globalización y las tendencias tecnológicas también pueden conducir a nuevos tipos de prácticas comerciales restrictivas transfronterizas, cuyos efectos pueden reforzarse mediante la continua tendencia a las fusiones internacionales de empresas, las empresas mixtas y las alianzas estratégicas. Pero para consolidar y aumentar los progresos logrados mediante los acuerdos de una manera equilibrada se necesitan mecanismos complementarios así como incentivos para que los regímenes comerciales tengan en cuenta en mayor medida las consideraciones relativas a la competencia y al bienestar de los consumidores, con objeto de mitigar el proteccionismo o los comportamientos favorables a los productores en esferas tales como las medidas antidumping, las medidas compensatorias de las subvenciones y las salvaguardias. El reforzamiento de los mecanismos de “salvaguardia” para proteger la competencia e impedir abusos en las reglas del sistema de comercio internacional estimularía la liberalización de los intercambios.

De esa forma se apoyarían y completarían los esfuerzos de las autoridades responsables de la competencia en el plano nacional para defender la liberalización del comercio. Para hacer frente a los nuevos desafíos en esta esfera y para fomentar un mejor entendimiento mutuo y una posible convergencia de las leyes y políticas en materia de competencia, sería conveniente reforzar las consultas (teniendo en cuenta las cuestiones de confidencialidad) y la cooperación entre las autoridades responsables de la competencia dentro del marco del Conjunto de Principios y Normas (tal

²³⁷ A. Hergera y A. Petibó, “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2000, pp. 53–78.

²³⁸ E. Graham, “Trade, competition and the WTO agenda”, *The WTO after Seattle*, USA, Institute for International Economics, 2000; J. Schott, *The WTO after Seattle*, Washington: Institute for International, 2000.

vez completado mediante nuevas directrices), así como abordar también la cuestión de la cooperación técnica en el mismo marco.

La necesidad de actuar en la esfera del control de las prácticas comerciales restrictivas (pero no respecto de los aspectos de competencia de las normas comerciales) ha sido reconocida por la Comisión Europea, la cual ha sugerido que se cree un grupo de trabajo de la OMC para explorar la elaboración de un marco internacional de reglas de la competencia enlazado con el sistema comercial, y que se pida a la OCDE y a la UNCTAD que prosigan sus trabajos sobre el comercio y la competencia teniendo en cuenta la marcha de la OMC.

A la hora de defender la necesidad de una regulación multilateral de esta materia, suele destacarse la interacción que existe entre el Derecho de la competencia y el comercio internacional, en particular, en las siguientes cuatro áreas:

- i) acceso a los mercados para las importaciones;
- ii) ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros;
- iii) inversión extranjera;
- iv) derechos de propiedad intelectual²³⁹.

Una función colateral de la política de competencia consiste en prevenir la concentración excesiva del mercado y los efectos nocivos que trae aparejados. Entre dichos efectos destacan las ineficiencias extensivas, la rigidez estructural y la insuficiente capacidad de adaptación a las conmociones exteriores. De no introducir-

²³⁹ M. Montaña Mora, “La OMC y el Derecho de la competencia...”, *loc. cit.*, p. 68–73.

se una política eficaz de competencia en una etapa adecuadamente temprana del proceso de desarrollo, podrían requerirse más tarde costosas medidas de reestructuración industrial. La necesidad de leyes y políticas de competencia eficaces para enfrentar las prácticas anticompetitivas de las empresas que afectan al comercio internacional es una cuestión de extraordinario interés²⁴⁰. Pueden identificarse tres grandes categorías de prácticas con tales efectos:

i) Prácticas que afectan al acceso de las importaciones al mercado: cárteles nacionales de importación, cárteles internacionales que distribuyen los mercados nacionales entre las empresas participantes, abusos de la posición dominante en el mercado para excluir a competidores, obstaculización no razonable de las importaciones paralelas, control de las instalaciones a través de las cuales se realizan las importaciones, restricciones verticales de los mercados que excluyen la presencia de competidores, algunas prácticas privadas de normativa técnica y otras prácticas anticompetitivas de asociaciones de industriales.

ii) Prácticas que afectan a los mercados internacionales y que en gran medida repercuten en los distintos países del mismo modo: los cárteles internacionales, así como algunos ejemplos de fusiones y abusos de la posición dominante que afectan a los mercados internacionales.

iii) Prácticas con un impacto diferente en los mercados nacionales de los países: cárteles de exportación y situaciones en que las fusiones podían tener un efecto benigno o incluso beneficioso en un mercado, pero podían resultar perjudiciales en otros.

²⁴⁰ OMC: “Documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”, WT/ WGTC/W/80, 18 de septiembre de 1998, n° 11.

II. Acceso a los mercados para las importaciones

1. Restricciones verticales

Los acuerdos (o restricciones) verticales se generan entre empresas colocadas en distintos eslabones de la cadena productiva y que, en consecuencia, están dedicadas a la producción de complementarios. Los más habituales son aquellos que tienen lugar entre el productor de un bien (o servicio) final y los distribuidores de tal bien (o servicio) aunque también es frecuente que se puedan establecer entre productores de un bien intermedio y productores de bienes finales. Entre las prácticas que corresponden a esta categoría, figuran en particular: cárteles nacionales de importación, cárteles internacionales que distribuyen los mercados nacionales entre las empresas participantes, abusos de la posición dominante en el mercado para excluir a competidores, obstaculización no razonable de las importaciones paralelas, control de las instalaciones a través de las cuales se realizan las importaciones, restricciones verticales de los mercados que excluyen la presencia de competidores²⁴¹, algunas prácticas privadas de normativa técnica y otras prácticas anticompetitivas de asociaciones de industriales.

²⁴¹ Las restricciones verticales en tanto que acuerdos entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución restringen las condiciones bajo las cuales las empresas pueden comprar, vender o revender bienes. Lo más común es encontrarlas en la relación productor/mayorista o minorista, puesto que en dichos casos se negocia una variada gama de condiciones que deben caracterizar el desempeño de estos últimos (descuentos, regalías, plazos, participación en los gastos, precios relacionados o no al volumen, localización de los distribuidores, etc.). Las restricciones verticales constituyen un sustituto parcial de la integración vertical, puesto que están basadas en relaciones contractuales. Dichas prácticas comerciales pueden ser procompetitivas cuando generan mayor eficiencia o tienden a corregir fallas del mercado (externalidades generadas por la política empresarial

Destacan en primer lugar las restricciones verticales²⁴², esto es, medidas que ligan a diversas empresas nacionales en las fases sucesivas de la cadena de distribución, haciendo más difícil la entrada de competidores extranjeros²⁴³. Este tipo de medidas pueden dificultar gravemente la introducción de los productos importados en los mercados nacionales, tal como puso de relieve la controversia entre los EE UU y Japón relativa a la comercialización de carretes y papel de película importados en Japón (la llamada “guerra Kodak–Fuji”)²⁴⁴. Dentro de este grupo de medidas se englobarían, por ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva, las ventas condicionadas a la compra de otros productos del mismo fabricante, los

en cada eslabón de la cadena); sin embargo, también pueden ser contrarias a la leal competencia cuando se encuentran dirigidas a excluir indebidamente del mercado a los competidores existentes o potenciales.

²⁴² Resulta de la mayor importancia analizar la evolución que ha tenido la jurisprudencia de los EE UU en relación con el tema de las restricciones verticales, ya que en dicho país se partió de la ilegalidad *per se* de todas las prácticas, para ir decantando dicha posición hacia la aplicación de la regla de la razón y finalmente al reconocimiento de la legalidad de muchas de las prácticas verticales y en especial de los Acuerdos Verticales de Repartición de Mercados. La Corte Suprema de Justicia de los EE UU ha sido menos estricta al calificar las prácticas restrictivas de tipo vertical, debido a que dichas prácticas con mayor frecuencia generan algún tipo de eficiencia o ventajas para los consumidores.

²⁴³ E. Fox y J.A. Ordover, “The Harmonization of Competition and Trade Law – The case for modest linkages of law and the limits to parochial state action”, *Competition Policy in the Global Economy – Modalities for Cooperation* (L. Waverman, W. S. Comanorand y A. Goto, eds), Londres, Routledge, 1997, pp.407 ss.

²⁴⁴ Este asunto técnicamente definido como las medidas aplicadas por Japón que afectan a las películas y soportes de papel fotográficos, ha planteado interesantes discusiones sobre esta cuestión. Aunque técnicamente el panel encontró que la aplicación de normas japonesas sobre comercio leal (principal pero no totalmente normas de competencia), no suponían una discriminación frente a los EUA, la doctrina se sigue preguntando acerca de otros problemas que podrían surgir (*v.gr.*, si las normas que rigen la entrada en los mercados de empresas de propiedad de extranjeros fuesen formuladas de forma que supongan una discriminación contra mercancías importadas).

descuentos por fidelidad que desincentivan la distribución de productos de otros fabricantes e incluso los boicots de distribución²⁴⁵.

Resulta necesario destacar que en los acuerdos de la OMC no existe actualmente ninguna disposición que imponga a los Estados Miembros la obligación de adoptar medidas contra este tipo de prácticas. Ello no fue obstáculo para que los EE UU presentara una reclamación contra Japón ante la OMC por considerar que las leyes, reglamentos y medidas relativas a la comercialización de carretes y papel de película importada eran discriminatorias, afectaban negativamente a los canales de distribución y limitaban la competencia en precios. La reclamación se fundamentó en la supuesta violación de los arts. III (cláusula de trato nacional) y X (obligación de transparencia) GATT y en la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para los EE UU en el sentido del art. XXIII GATT, si bien posteriormente se amplió a otros aspectos. Tras la evacuación de consultas y la tramitación del correspondiente procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) de la OMC, el día 20 de marzo de 1998 se emitió el informe por el que se desestimaba la reclamación estadounidense. Se da la circunstancia de que los EE UU, acaso con poca fe en las posibilidades de éxito de la reclamación, no apeló la resolución del OSD ante el Órgano de Apelaciones de la OMC.

2. *Cárteles de importadores y medidas similares*

Abundando en el análisis desde la perspectiva del acceso a los mercados para las importaciones, un segundo grupo de prácticas restrictivas susceptibles de provocar distorsiones en el comercio internacional son los carteles de importadores y medidas simila-

²⁴⁵ J.L. Cooper, D. O'Brien y M. Vita, "Vertical restrictions and Antitrust Policy: What About the Evidence?", *Competition Policy International*, vol. 1, nº 2, 2005, pp. 45-63.

res, como por ejemplo, los boicots a competidores extranjeros. Salvo en los supuestos más evidentes de fijación de precios, división de mercados o reparto de clientes, los cuales normalmente están prohibidos por los derechos nacionales, el resto de prácticas suelen someterse a análisis que pueden responder a lógicas distintas dependiendo del país de que se trate, ya que *pactum de negotiando* destinado a intentar reducir los efectos restrictivos de este tipo de empresas sobre el comercio internacional. Andando el tiempo, las distorsiones provocadas por esta clase de prácticas fueron objeto de negociaciones específicas, las cuales dieron ya algunos frutos en los acuerdos de la Ronda Uruguay. Así, por ejemplo, al objeto de mejorar el control de este tipo de prácticas, durante la Ronda Uruguay se aprobó un Entendimiento sobre la interpretación del art. XVII GATT. De mayor significación son los acuerdos alcanzados en el sector Servicios, en que no sólo se incluyeron los principios tradicionales de trato nacional y no discriminación, sino también compromisos específicos de acceso a los mercados.

Generalmente, también se plantean problemas de acceso a los mercados en aquellos supuestos en que dicho acceso hace necesaria la utilización de infraestructuras controladas por un monopolio o empresa dominante, lo cual es habitual en sectores como las telecomunicaciones, la electricidad o los transportes. En los acuerdos de la Ronda Uruguay se abordaron algunos de los problemas más habituales en este campo, como los relativos a la interconexión. Así, por ejemplo, el Anexo sobre Telecomunicaciones del GATS establece que cada Miembro de la OMC ha de asegurar que la información relativa a las condiciones de acceso y utilización de las redes de transporte de telecomunicaciones estatales sea pública y que dicho acceso o utilización sea proporcionado en condiciones no discriminatorias.

Otro de los campos problemáticos ha sido tradicionalmente el relativo a las compras de determinados insumos como por ejemplo, equipos de telecomunicaciones, transporte o de generación de energía por parte de monopolios o empresas estatales. A este respecto, la realización más destacable de la OMC es sin duda el

Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública, el cual, además del principio general de no discriminación, establece procedimientos específicos a los que habrán de ajustarse los concursos públicos en relación a un amplio abanico de empresas públicas en sectores como el agua, la electricidad, los ésta es una de las áreas en que la utilización del Derecho de la competencia como instrumento de política industrial cobra mayor intensidad.

Por su parte, en los acuerdos de la OMC no es posible encontrar disposiciones que regulen específicamente este tipo de prácticas. En consecuencia, las posibilidades de actuación en estos supuestos quedan básicamente limitadas a la evacuación de consultas al amparo de la Decisión de las Partes Contratante de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas las disposiciones GATS y del ADPIC relativas a la cooperación en la aplicación del Derecho de la competencia, las cláusulas de nación más favorecida (art. I) y trato nacional (art. III) del GATT, la obligación de transparencia (art. X) y las disposiciones sobre anulación y menoscabo de ventajas comerciales del art. XXIII.

Respecto a otras prácticas con indudable incidencia sobre el acceso a los mercados, puede mencionarse también a los monopolios y empresas estatales o con privilegios exclusivos o especiales. En el campo del comercio internacional, se han detectado tres tipos de problemas relativos al acceso a los mercados en relación a este tipo de empresas. Los primeros hacen referencia al acceso a los mercados de bienes o servicios que son objeto del monopolio, ya sea en el sector servicios (por ejemplos, los servicios básicos de telecomunicaciones) o en otros sectores; los segundos se refieren a la posibilidad de que los proveedores de bienes o servicios extranjeros suministren el mercado nacional cuando el acceso al mismo hace necesaria la utilización de infraestructuras que son objeto del monopolio; el tercer grupo de problemas ha surgido en relación al acceso a los mercados para determinados insumos como los equipos de capital, en la producción de bienes y servicios por parte de

una empresa dominante, siendo los ejemplos clásicos los equipos de telecomunicaciones²⁴⁶.

En contraste con lo que ocurre con las prácticas mencionadas más arriba, los monopolios y las prácticas de las empresas estatales han sido objeto de atención específica desde la creación del GATT, cuyo art. XVII se titulaba justamente “Empresas comerciales del Estado.” No obstante, hay que decir que dicho artículo establecía poco más que una obligación de no discriminación, transparencia y un transportes urbanos, los puertos y los aeropuertos. Si bien es cierto que el limitado número de Miembros signatarios, junto al hecho de que el Acuerdo no se aplique a todo tipo de compras ha reducido en buena medida el efecto liberalizador que se pretendía, no es menos cierto que el Acuerdo constituye un buen punto de partida sobre el que construir futuras medidas liberalizadoras de alcance más general. Por lo demás, no hay que perder de vista que son signatarios del Acuerdo los actores más destacados del comercio internacional, por lo que la limitada participación de los demás Miembros de la OMC en el mismo no debería ser sobrevalorada.

²⁴⁶ La creciente presión competitiva derivada de la interacción de la distinta información existente en una sola red de transmisión está conduciendo a una reestructuración radical de las empresas y está desencadenando una oleada de grandes alianzas a escala continental y mundial. Durante los últimos años se ha asistido en EE UU y Europa a un proceso imparable de fusiones, adsorciones y acuerdos operacionales de empresas de esos sectores formando nuevos operadores mastodónticos, que todos conocemos por su proyección mediática, y que ha supuesto operaciones valoradas entre 10.000 y 35.000 millones de dólares financiadas por activos procedentes de otros sectores – banca, servicios o constructoras– y por inversores, grandes y pequeños, de los mercados bursátiles. Esta concentración de medios técnicos, económicos y de información en manos de pocas y poderosas empresas con capacidad de influencia política, social, cultural y económica ha hecho necesario, por parte de los poderes públicos, articular, a su vez, mecanismos correctores que eviten situaciones oligopolísticas y de dominio y que faciliten la concurrencia en el mercado y el acceso igualitario de los ciudadanos y empresas a la información.

III. Ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros

1. *Prácticas anticompetitivas en presencia*

Quedarían englobadas dentro de esta categoría un conjunto de prácticas que tienen como común denominador el producir sus efectos fundamentalmente en mercados de terceros países, entre las que pueden mencionarse a título de ejemplo los carteles de exportación, los carteles internacionales, las concentraciones y abusos de posición dominante con efectos en múltiples jurisdicciones y la aplicación de precios predatorios en mercados extranjeros. Más concretamente se contemplan aquí, principalmente, los cárteles internacionales, así como algunos ejemplos de fusiones y abusos de la posición dominante que afectan a los mercados internacionales, asimismo se incluyen los cárteles de exportación y situaciones en que las fusiones podían tener un efecto benigno o incluso beneficioso en un mercado, pero podían resultar perjudiciales en otros.

Si bien de grado diverso, estos tipos de prácticas pueden tener, allí donde se producen, efectos perjudiciales no sólo para el comercio sino también para el bienestar económico y el desarrollo. El término “cábel” se refiere a los acuerdos entre empresas que de otro modo competirían entre sí (es decir, “acuerdos horizontales”) por lo que se refiere a fijar los precios, reducir la producción o repartirse los mercados o a permitir la presentación de licitaciones colusorias²⁴⁷. Con la expresión “intrínsecamente nocivos” se destacan los perjuicios derivados de ese tipo de arreglos y se los dis-

²⁴⁷ Vid. las contribuciones de los EE UU (WT/WGTCP/W/62), las Comunidades Europeas y sus Estados miembros (WT/WGTCP/W/140) y la OCDE, *Hardcore Cartels: Meeting of the OECD Council at Ministerial Level*, *op. cit.*

tingue de las empresas conjuntas y otros acuerdos interempresariales que involucran la colaboración eficaz entre empresas y pueden realzar el bienestar social²⁴⁸. En la definición de cártel intrínsecamente nocivo se incluye la manipulación de licitaciones para la adjudicación de contratos estatales, entonces no está claro que la aplicación de las disposiciones anticártel suponga un aumento neto del gasto público. En la medida en que esa inclusión redunde en un aumento del número de casos investigados por las autoridades de competencia, aumentará el gasto público. Sin embargo, si se consigue prevenir así la manipulación de licitaciones, disminuirán los precios pagados por el Estado por sus adquisiciones de bienes y servicios, lo que se traducirá en economías presupuestarias. Al respecto, la Recomendación de la OCDE sobre medidas eficaces contra los cárteles intrínsecamente nocivos señala que la expresión “cárteles intrínsecamente nocivos” no comprende “acuerdos, prácticas concertadas o arreglos que i) guarden una relación justificada con la legítima obtención de mejoras de la eficiencia en forma de reducción de los costos o aumentos de la producción; ii) queden excluidos, directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las propias leyes del país Miembro en cuestión; o iii) estén autorizados en virtud de esas leyes”²⁴⁹.

2. *Cárteles de exportación*

Una de las prácticas más problemáticas son los cárteles de exportación, los cuales presentan el problema de que en la medida en que sólo produzcan efectos fuera de la jurisdicción del Estado de exportación, pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia de dicho Estado. Además, por lo gene-

²⁴⁸ OCDE, *Hardcore Cartels: Meeting of the OECD Council at Ministerial Level*, *op. cit.*

²⁴⁹ Recomendación de la OCDE sobre medidas eficaces contra los cárteles intrínsecamente nocivos, *op.cit.*.

ral la persecución de este tipo de prácticas no suele figurar entre las prioridades de las autoridades del Estado de exportación. De hecho, en ocasiones estas prácticas son incluso fomentadas por la Administración como instrumento de política industrial. Por otra parte, desde la perspectiva de las autoridades de los Estados donde dichas prácticas producen sus efectos, el principal problema suele ser la obtención de pruebas sobre la existencia del cartel y las prácticas en cuestión.

En los acuerdos de la OMC no existe ninguna obligación específica de actuar contra este tipo de medidas. La única vía de actuación sería solicitar consultas al amparo de la Decisión de las Partes Contratante de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas o al amparo de las disposiciones de los acuerdos GATS o TRIPS, en los casos en que resulten de aplicación, e invocar la cláusula de nación más favorecida, no así la de trato nacional, la cual es de aplicación a las importaciones pero no a las exportaciones.

En ocasiones, se producen otros tipos de abusos en el ejercicio del poder de mercado²⁵⁰ que producen efectos en varios países y pueden exigir la intervención de las autoridades de varias jurisdicciones. Este es el caso de los carteles internacionales, de determinadas alianzas estratégicas, de las concentraciones y del abuso de una posición dominante en el mercado mundial, aspectos sobre los que se han dado varios ejemplos bien conocidos en años recientes.

i) En relación a los carteles internacionales el ejemplo más conocido en nuestro entorno ha sido sin duda el relativo al asunto de la “pasta de papel,” al haber producido sus efectos en el mercado comunitario. Por lo que hace referencia a los abusos de posición

²⁵⁰ W. M. Landes y R. A. Posner (1981) “Power in Antitrust Cases”, *Harvard L. Rev.*, vol. 94, 1981, pp. 937 ss; R. Schmalensee, “Another Look at Market Power”, *Harvard L. Rev.*, vol. 95, 1982, pp. 1789 ss..

dominante, el caso más conocido es sin duda el de “Microsoft,” empresa que ya en 1994 fue objeto de una investigación conjunta por parte de las autoridades comunitarias y estadounidenses, la cual constituyó el primer supuesto de cooperación al amparo del Acuerdo entre el gobierno de los EE UU y la Comisión de las Comunidades Europeas de 1991 relativo a la Aplicación de sus Leyes de competencia, al cual se hará referencia más adelante. En el campo de los carteles internacionales puede citarse también el asunto del *ácido cítrico*: En el año 1997 el Departamento de Justicia de los EE UU inició una investigación contra un cartel internacional de empresas, la mayoría de las cuales estaban situadas fuera de los EE UU, por haberse repartido el mercado mundial y haber acordado precios, lo cual dio lugar a la imposición de cuantiosas multas. Por su parte, el “asunto del papel de fax térmico dio lugar a una investigación conjunta de las autoridades canadienses y estadounidenses contra un cartel internacional por fijación de precios y culminó en la imposición de cuantiosas multas. Por último, en el “asunto de los diamantes industriales” las autoridades estadounidenses iniciaron una investigación contra *The De Beers Group* y *General Electric Co.*, las cuales acumulaban aproximadamente el 80–90 % de la producción mundial de diamantes industriales, por fijación de precios, si bien el asunto fue archivado²⁵¹.

ii) En relación a las concentraciones, puede citarse la fusión entre “Gillette” y “Wilkinson,” la cual fue revisada por las autoridades en materia de Derecho de la competencia de catorce jurisdicciones diferentes. Como se recordará, en el llamado “asunto de la pasta de papel” varios fabricantes de pasta de papel de Canadá, EE UU y de los países escandinavos acordarán la fijación de precios comunes para las exportaciones destinadas al mercado comunitario, práctica que fue considerada contraria al art. 85 del Trata-

²⁵¹ WTO Annual Report for 1997, *op. cit.*, p. 37.

do de Roma por la Comisión, siendo dicha conclusión confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁵². Otro ejemplo, en este caso mexicano, atañe a la concentración “Procter & Gamble” y “Gillette”: el 2005, Procter & Gamble México presentó a la CFC una notificación de concentración por medio de la cual *The Procter & Gamble Company* (P&G) adquiriría a *The Gillette Company* (Gillette) en el ámbito internacional. La CFC determinó que los agentes económicos coincidían en el territorio nacional en los mercados de desodorantes y antitranspirantes; enjuagues bucales; pastas dentales; y cepillos de dientes. Los índices de concentración superaron los parámetros establecidos por la CFC únicamente en el mercado de cepillos dentales. No obstante, se consideró que la operación no afectaría el proceso de competencia ya que este mercado era muy pequeño. Asimismo, durante los últimos años las participaciones de mercado de los agentes involucrados habían experimentado variaciones importantes. Además, se consideró que la operación permitiría a P&G adquirir un portafolio complementario de marcas y productos e incursionar en sectores donde no participaba: productos de cuidado personal masculinos, navajas y rastrillos, pilas alcalinas y electrodomésticos. Aunado a lo anterior, la operación le posibilitaba obtener importantes ganancias en eficiencia que podría trasladar al consumidor. Por estas razones, la Comisión Federal de Competencia resolvió autorizar la concentración notificada, por resolución de 7 de julio de 2005²⁵³.

3. Aplicación de precios predatorios o discriminatorios en terceros mercados

Mención aparte merecen otras prácticas como la aplicación de precios predatorios o discriminatorios en terceros mercado. Esto

²⁵² G. Solana González, “Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones: aplicación práctica”, *Anuario de competencia*, 2001, pp. 25–44.

²⁵³ *Diario Oficial*, 21 de octubre de 2005, pp. 62–63.

es, la práctica de aquella política de precios en la que el operador dominante incurre de forma deliberada en unas pérdidas o en unos menores beneficios, con objeto de eliminar o disciplinar a uno o varios rivales, o impedir la entrada de nuevos rivales. Al margen de la dificultad que comporta la inexistencia de normas en los acuerdos de la OMC que regulen estos supuestos desde la perspectiva del Derecho de la competencia, la respuesta que se dé a estas prácticas por parte de las autoridades nacionales puede entrar en colisión con las disposiciones de los acuerdos de la OMC en materia de derechos “anti-dumping,” ya que el Derecho de la competencia y el derecho “anti-dumping” responden a lógicas económicas diferentes.

II. Inversión extranjera

1. Interacción entre el Derecho de la competencia y la inversión extranjera

La apertura comercial va aunada con flujos crecientes de inversión extranjera directa, dando inicio a una carrera entre los países “emergentes” para la atracción de capitales²⁵⁴. Al igual que las empresas de comercio internacional, los inversionistas buscan los mercados que les garanticen transparencia e igualdad de trato con los empresarios nacionales –es decir los mercados donde puedan competir con el capital local. El tratamiento de la inversión extranjera directa no fue abordado en la Ronda Uruguay (excepto en el marco limitado del acuerdo sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio – *TRIMS*), pero en casi toda América Lati-

²⁵⁴ “La aplicación de una política de competencia transparente y eficaz puede ser un factor importante, tanto para acrecentar la atracción ejercida por una economía sobre la inversión extranjera como para obtener de la misma el máximo beneficio (...) la política de competencia puede acrecentar la atracción de la economía respecto de la inversión extranjera al proporcionar un mecanismo transparente y basado en principios para la solución de diferencias relacionadas con dicha inversión, conforme a normas internacionales de aceptación general en el mundo. Esto aumenta la confianza de los inversionistas y, por consiguiente, su predisposición a invertir. Una fuerte competencia en los mercados, acrecentada por una política de competencia, contribuye también a lograr el máximo de beneficios de dicha inversión para los países receptores, ya que alienta a las empresas participantes a construir instalaciones modernas de producción, transferir a los países receptores los últimos adelantos de la tecnología y emprender programas de capacitación apropiados, evitando al mismo tiempo el abuso del consumidor” (cf. OMC: “Documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”, WT/WGTCP/W/80, 18 de septiembre de 1998, <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/WT/WGTCP/W80>. DOC, p. 8).

na y el Caribe los regímenes nacionales de inversión extranjera prevén trato nacional para el capital foráneo.

Pero ¿hay realmente competencia e igualdad de condiciones en los mercados internacionales de capital? ¿Pueden los empresarios de un país en desarrollo, dueños de empresas “medianas” (sin ni siquiera mencionar las “pequeñas”) acceder a fuentes de financiamiento internacional en igualdad de condiciones que una empresa transnacional? Y a nivel nacional, ¿disponen de un mercado de capital y de un sistema de intermediación financiera confiable y adecuado a sus necesidades de desarrollo?

Posiblemente, el Derecho de la competencia puede ser un instrumento que facilite la liberalización de la inversión extranjera, en la medida en que tiende a promover el juego de la libre competencia y reducir las barreras a la entrada en todo tipo de mercados. No obstante, tal como puso de manifiesto el asunto relativo a la fusión entre “Gillette” y “Wilkinson,” al que ya se ha hecho referencia, en ocasiones el coste económico y administrativo a que pueden dar lugar el tener que seguir numerosos procedimientos paralelos en diversas jurisdicciones puede tener ciertamente un efecto disuasorio para los inversores extranjeros. En ocasiones las autoridades encargadas de aplicar el Derecho de la competencia en países poco industrializados pueden estar tentados en hacer una aplicación laxa de dicha normativa justamente al objeto de evitar dicho efecto disuasorio.

En la actualidad, la preocupación por la interacción existente entre el Derecho de la competencia y la inversión extranjera se encuentra ya presente en varios acuerdos de la OMC, destacando el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (más conocido por el “Acuerdo TRIMS”), cuyo art. 9 establece que a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de la OMC (es decir, antes del 1 de enero del año 2000), “el Consejo del Comercio de Mercancías estudiará si el Acuerdo debe complementarse con disposi-

ciones relativas a la política en materia de inversiones y competencia”. En el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (art. 9), que se aplica solamente al comercio de mercancías, se prohíben las medidas en materia de inversiones incompatibles con las disposiciones del GATT relativas al trato nacional y a la eliminación general de las restricciones cuantitativas. Entre dichas medidas figuran los requisitos que deben cumplir los inversores extranjeros en relación con el contenido local, la nivelación del comercio, las divisas o las ventas en el país. En el Acuerdo se estipula que, a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del Acuerdo, el Consejo del Comercio de Mercancías examinará su funcionamiento y, cuando proceda propondrá modificaciones de su texto. En el curso de este examen, el Consejo estudiará si el Acuerdo debe complementarse con disposiciones relativas a la política en materia de inversiones y competencia.

Otras normas relevantes son el art. II GATS y el art. 4 ADPIC, los cuales establecen el trato de nación más favorecida en las áreas cubiertas por los mismos, así como los arts. 3 del Acuerdo TRIPS y XVII del GATS (en el supuesto de que se hayan adquirido compromisos específicos), los cuales establecen la obligación de trato nacional.

Una preocupación íntimamente relacionada con esto se refiere a los efectos de las fusiones con participación de empresas multinacionales en los países en desarrollo y la capacidad de éstos de responder a las repercusiones que estas fusiones tienen para la competencia en sus mercados internos. Se puede presentar una situación mediante la cual la fusión de dos o más casas matrices no genere estructuras que restringen la competencia en sus países de origen, por ejemplo, a raíz de su relativamente baja participación en esos mercados más amplios (*market shares*) y, sin embargo, sí las crearía respecto a sus compañías filiales o subsidiarias en países en desarrollo o pequeños en los que operan, por la nueva posición de dominio de mercado que podrían establecer en éstos a

consecuencia de la fusión en sus países de origen”. Incluso si la autoridad para la competencia en el país en desarrollo deniega la autorización para la fusión de empresas filiales en su mercado nacional, con ello no impedirá la fusión en el país de origen, situación que puede dar lugar a estrategias de colusión entre las empresas en el país en desarrollo como resultado de las decisiones adoptadas por la o las respectivas casas matrices.

El *World Investment Report* de 1997 menciona los siguientes posibles ejemplos de problemas de competencia posteriores a la entrada, relacionados con la inversión extranjera directa (IED)²⁵⁵:

i) Acuerdos complementarios que restringen la competencia. Pueden presentarse situaciones en que la IED, aunque aprobada en momentos de entrar en el mercado de un país en desarrollo, se acompaña de acuerdos complementarios que pueden representar diversas restricciones de la competencia. Por ejemplo, los concesionantes internacionales establecidos en un país pueden requerir de los concesionarios locales que procuren ciertos insumos en determinados lugares por ellos controlados, alegando que así se garantiza la calidad.

ii) Efectos secundarios de una entrada competitiva mediante IED. Aun después de establecerse una filial de empresa extranjera, cabe a las autoridades encargadas de la competencia una función permanente, que consiste en evitar se produzcan situaciones en el mercado capaces de comprometer la competencia en la economía y obstaculizar la entrada de otros competidores.

iii) Alianzas tecnológicas transfronterizas. El número de alianzas entre compañías que atañen acuerdos entre empresas no filia-

²⁵⁵ *Vid.* UNCTAD (1997a), pp. 203–208.

les tiende a aumentar. Contienen frecuentemente estipulaciones que limitan la libertad de las partes de diversas maneras. Dada la cantidad de tipos diferentes de alianzas y los diversos fines para los cuales se crean, el informe sugiere la idea de que constituyen una “zona gris” en la legislación sobre competencia.

2. *Fusiones internacionales y cartelización de las grandes empresas*

A) Relevancia para las políticas de competencia

Existen varias razones por las cuales las fusiones y la cartelización de las grandes empresas a nivel internacional se han vuelto relevantes para la aplicación actual de la política de competencia de los países. Las fusiones concentran a más de una empresas bajo la propiedad una de ellas, con lo cual también esta última reúne mayor poder, pueden ser de carácter vertical, horizontal o conglomerados. Por su parte, los cárteles se conforman como resultado de la colusión explícita entre empresas que operan en condiciones de oligopolio y que, mediante un acuerdo entre ellas, pueden determinar precios, distribuirse los mercados, etc²⁵⁶. A causa de la globalización económica, la internacionalización de la política de competencia particularmente fusiones y la formación de cárteles se ha convertido en un aspecto de preocupación muy relevante. Además, se percibe que es un fenómeno recurrente de los países avanzados.

Sin embargo, los países en vías desarrollo no son ajenos a dicho fenómeno y mucho menos a los posibles efectos anticompetitivos derivados de las fusiones y de cárteles internacionales²⁵⁷. Por

²⁵⁶ E. Combe, *Les cartels et ententes*, París, PUF, 2004.

²⁵⁷ El asunto de la fusión de Nestlé–Garoro en Brasil es particularmente ilustrativo. La firma Nestlé Brasil es una empresa subsidiaria del Grupo Sui-

ejemplo, en los países centroamericanos las condiciones de com-

zo Nestlé, productor multinacional de alimentos y bebidas, entre ellos chocolates. Por su parte, Garoto, empresa brasileña de alimentos, fabrica golosinas y chocolates. Dado que Garoto era la tercera empresa del mercado, luego de Nestlé y Alimentos Kraft (Lacta), la fusión de Garoto y Nestlé alteraba significativamente las condiciones de liderazgo del mercado. Una inquietud importante en esta operación fue si debía establecerse como mercado relevante el mercado de todos los chocolates, o bien mercados de menor tamaño como tabletas, cajas, *snacks* y huevos de pascua. No obstante, la concentración que se alcanzaba en cada uno de estos mercados luego de la operación era igualmente significativa. En 2001 las participaciones en el mercado de chocolates de las empresas eran las siguientes: Nestlé tenía aproximadamente 34%, Lacta 33%, Garoto 24% y el resto de las empresas poseían participaciones inferiores a 5%. De esta forma, luego de la operación de concentración económica, el grupo Nestlé–Garoto alcanzaría una participación de 58% aproximadamente. Éste fue el primer caso de fusiones en donde las partes, e incluso su principal competidor (Kraft), presentaron estudios cuantitativos. Estos estudios trataban de predecir el efecto posfusión en precios y cantidades, así como la reducción del costo marginal necesario para contrarrestar el aumento de poder de mercado de la empresa involucrada.¹² Las grandes diferencias entre los resultados de los estudios presentados por las partes y el presentado por Kraft llevaron a que el CADE realizara un análisis crítico de las metodologías empleadas, como la identificación de la función de demanda relevante, la incertidumbre asociada a las estimaciones de elasticidades de demanda y los potenciales defectos resultantes de utilizar una definición Bertrand–Nash de productos diferenciados. El CADE contestó también algunas afirmaciones presentadas por las partes con respecto a las barreras a la entrada y la posibilidad de que algunas marcas importantes como Mars y Hershey pudiesen expandirse. Asimismo, las empresas involucradas elaboraron un estudio detallado de las ganancias de eficiencia derivadas de la operación. Finalmente, el CADE concluyó que los estudios econométricos demostraban altas elasticidades cruzadas entre los distintos segmentos del mercado de chocolates, así como entre las distintas marcas, lo que llevó a concluir que el mercado relevante era el mercado nacional de chocolates en todas sus formas. La agencia de competencia consideró que las importaciones no eran relevantes para el mercado, y la distribución de estos productos representaba una barrera a la entrada. De esta forma se resolvió que debería rechazarse la transacción, ya que: 1) ni la reducción de los costos que surgiría de la transacción ni la competencia que se daría en el mercado eran suficientes para contrarrestar un posible aumento de los precios, y 2) no existían medidas que pudieran remediarse, capaces de contrarrestar los efectos de una concentración tan elevada.

petencia de sus mercados son objeto de interés y de preocupación desde que se abrieron los mercados a las importaciones y se privatizaron una serie de empresas públicas. Estas reformas económicas se aplicaron desde mediados de los años ochenta y a lo largo de los años noventa. Sin embargo, se abordaron con bastante rezaigo una serie de cambios legales e institucionales con el fin de crear las condiciones necesarias para promover la competencia.

La importancia de la competencia y de la política de competencia para las empresas nacionales afectadas por las fusiones y adquisiciones transfronterizas presenta varias dimensiones.

i) Un importante aspecto de los efectos de las fusiones y adquisiciones en las empresas nacionales y las economías receptoras consiste en sus efectos directos sobre la estructura del mercado y el comportamiento de las empresas y el papel que desempeña la política de competencia como respuesta a esos efectos.

ii) La influencia que ejerce el grado de competencia existente en los mercados abordados sobre otros aspectos de las fusiones y adquisiciones; por ejemplo, el grado de competencia existente en los mercados pertinentes puede influir sobre la medida en que las fusiones y adquisiciones transfronterizas generan transferencias de tecnología beneficiosas y otros desbordamientos positivos (o negativos).²⁵⁸

iii) El efecto de retroalimentación que las transferencias de tecnología y otros efectos de las entradas de fusiones y adquisiciones tienen sobre la situación de la competencia y la dinámica del mercado en el que compiten empresas nacionales.

²⁵⁸ *Vid.* “Efectos de las inversiones extranjeras directas sobre el desarrollo: Transferencias y efectos indirectos de la tecnología y otros tipos de conocimientos tecnoprácticos” (WT/WGTI/W/65).

Desde principios de los años ochenta, la participación en la producción y comercio mundial de las empresas multinacionales ha crecido significativamente. El principal factor que explica el crecimiento de la inversión extranjera directa es el aumento en el número y valor de las fusiones internacionales. Se trata cada vez más de operaciones efectuadas por grandes consorcios multinacionales. A pesar de su importancia, la dimensión internacional de la política de competencia ha recibido una escasa atención. Así como existen muchas buenas razones económicas que justifiquen las fusiones y la formación de cárteles, también existen problemas desde el punto de vista de la política de competencia, en particular cuando la operación conlleva un incremento en el poder de mercado. La situación es más compleja si se considera que la justificación y naturaleza de la dimensión internacional de política de competencia cambia con el tiempo²⁵⁹.

El proceso de desregulación a nivel internacional, la revolución tecnológica en telecomunicaciones, así como la mayor integración de las economías nacionales y regionales, han ayudado a la mayor concentración a nivel internacional de los mercados (a través de la mayor libertad para los flujos de capitales, los menores requisitos para la Inversión Extranjera Directa, etc.).

Por varias razones, el proceso de fusiones y adquisiciones y la cartelización de las grandes empresas en el plano internacional se han vuelto relevantes para la aplicación actual de la política de competencia de los países. Desde principios de los años ochenta, la participación en la producción y comercio mundial de las empresas multinacionales ha crecido significativamente. Durante los últimos 20 años, el producto asociado a empresas con actividades multinacionales ha aumentado más rápido que el producto interno bruto (PIB) mundial. Por otra parte, las ventas de las filiales de

²⁵⁹ B.M. Avalos y J.C. Ramirez, "International Trade and Merger Policy", *Documento de Trabajo CIDE*, n° 280, 2003.

empresas transnacionales han crecido por encima del incremento de las exportaciones. De esta manera, las ventas de filiales extranjeras representan el doble del total de las exportaciones mundiales. Tal fenómeno se ha traducido en mayor concentración económica en los mercados mundiales. Actualmente como evidencia podemos señalar los casos de la industria de cemento y de farmacéuticos²⁶⁰. Tales industrias han experimentado una serie de fusiones internacionales dando lugar a un número reducido de firmas y por ende una mayor concentración de las mismas. A raíz de este fenómeno, los gobiernos nacionales y organismos internacionales han comenzado a poner atención a la dimensión internacional de la política de competencia. Dicho aspecto ha propiciado un fuerte debate sobre sus posibles implicaciones económicas y sociales en los países.

En particular, dos aspectos cruciales han llamado la atención con relación a la dimensión internacional de la política de competencia: fusiones y cárteles con dimensión internacional.

B) Repercusiones de las fusiones y adquisiciones transfronterizas

Las fusiones internacionales son operaciones que, consisten en la compra de acciones, activos, partes sociales o cualquier otro mecanismo que permite a una empresa adquirir el control de otra, con la peculiaridad de que al menos una de las partes opera en dos o más países. Las repercusiones de las fusiones y adquisiciones transfronterizas en las “empresas nacionales” pueden tener dimensiones diversas. El impacto más directo se da en las empresas que son adquiridas o fusionadas con entidades extranjeras. Sin embargo, como se reconoce en general en las fuentes disponibles, las

²⁶⁰ J.M. Lima Assafin, “Fármacos e libre concorrencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 21, 2000, pp. 1247–1250.

fusiones y adquisiciones tienen frecuentemente efectos secundarios en otras empresas que operan en la economía nacional²⁶¹, incluidos tanto las empresas competidoras como los proveedores y usuarios de la empresa adquirida. Pueden también producirse desbordamientos incluso más amplios que afecten al funcionamiento general de las economías receptoras y a todas las empresas participantes. A pesar de que estos efectos pueden ser diferenciados a nivel conceptual, en muchos casos la información disponible no refleja sistemáticamente esta distinción. Más bien tiende a hacer observaciones generales referidas, unas veces, a los efectos directos en las empresas adquiridas y, otras veces, a los efectos en el sector o en toda la economía. Lo mismo sucede con las consideraciones que siguen, ya que éstas proceden directamente de los documentos que sirven de fuente. Habría que señalar también que, en su mayor parte, las fuentes disponibles no distinguen entre los efectos de las fusiones y adquisiciones en las pequeñas y medianas empresas y sus efectos en otras empresas nacionales; parece haber poca información disponible sobre las consecuencias de las fusiones y adquisiciones transfronterizas sobre las pequeñas y medianas empresas *per se*.

Las fusiones internacionales pueden generar conflictos entre las autoridades de competencia. Existen varios ejemplos de ello. En 1997 Boeing se propuso adquirir a McDonnell Douglas. Esta operación fue analizada por las autoridades de EE UU y de la Unión Europea de distinta manera. En EE UU la aprobaron al no percibir riesgos. En la Unión Europea se sometió a un detallado análisis antes de que fuera aprobada con diversas condiciones, entre ellas, el compromiso de parte de Boeing de desaparecer los acuerdos de suministro exclusivo y el licenciamiento de algunas

²⁶¹ WIR 1997, pp. 227 a 233. *Vid.* también Efectos de las inversiones extranjeras directas sobre el desarrollo: Transferencias y efectos indirectos de la tecnología y otros tipos de conocimientos tecnoprácticos (WT/WGTI/W65).

patentes a otros productores de aeronaves²⁶². Otro ejemplo es una operación que produjo efectos en México, Kimberly–Clark y Scott Paper se fusionaron en 1995. En Europa, el análisis consideró que los países continentales constituían un solo mercado, debido al comercio que existe entre ellos. Sin embargo, se determinó que Irlanda y el Reino Unido constituían mercados geográficos separados en los que la empresa resultante gozaría de una posición monopólica. Por esta razón, la Comisión Europea decidió condicionar la operación a la desincorporación de activos y marcas en Irlanda y Reino Unido.

Desde el punto de vista de las empresas involucradas se registra un argumento concluyente: que se les debe permitir crecer, a pesar de que ello represente un problema para el mercado nacional, porque de esa manera pueden mejorar su eficiencia y contar con una mayor fortaleza para competir con la producción del extranjero. Este argumento es cuestionable, pues significa que los consumidores domésticos deben subsidiar la competitividad internacional de la empresa. Al respecto, las autoridades de competencia de algunos países, entre ellos EE UU, consideran que la obtención de mejoras en la eficiencia de la empresa no es un argumento para la defensa de concentraciones en las que se dañe al consumidor del mercado relevante. Lo anterior a pesar de que la empresa pudiera mejorar su posición competitiva en otros mercados, incluyendo el mercado internacional.

Para las autoridades de competencia resulta difícil evaluar de manera precisa los efectos señalados, ya que cuando las empresas alegan que una concentración producirá beneficios sobre la eficiencia, tienen incentivos para exagerar el ahorro en los costos de producción. Además, también argumentan la obtención de diver-

²⁶² *Commission européenne*, 30.7.1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, IV/M.877, JO L 336/16, A.F. Bavasso, “Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High”, *E.C.L.R.*, 1998pp. 243–246.

sos ahorros, muchos de los cuales se obtendrían simplemente con una mejor organización de sus actividades. La conclusión que se deriva es que, cuando una empresa puede mejorar su eficiencia sin recurrir a una fusión, resulta más difícil para las autoridades de competencia aprobar la transacción. Sobre todo, tomando en cuenta que la concentración puede producir otros efectos sobre el mercado, en particular, sobre el comportamiento de los competidores.

Tales fusiones pueden clasificarse de acuerdo con la afinidad de las actividades que desarrollan las partes. De esta forma, existen concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado.

i) Las fusiones horizontales son aquellas en que las empresas participan en el mismo mercado y son competidoras. El daño potencial a la competencia que se deriva de ellas proviene del hecho de que este tipo de operaciones reduce el número de competidores en un mercado. Sin embargo, a diferencia de los acuerdos colusorios, las concentraciones horizontales²⁶³, bajo ciertas condiciones, pueden dar lugar a la obtención de mejoras en el bienestar, derivadas de un incremento en la eficiencia económica. Las fusiones horizontales generan un efecto negativo para la competencia, al reducir el número de competidores en el mercado. No obstante, en ocasiones pueden tener un efecto favorable sobre la eficiencia económica, en particular cuando conducen a una reducción en el costo marginal.

ii) Las fusiones verticales ocurren entre agentes económicos que efectúan distintas etapas del proceso productivo en una misma industria. Estas operaciones no afectan la concentración de mercado, aunque pueden favorecer las prácticas monopólicas relativas. La distinción entre prácticas absolutas y relativas es común

²⁶³ F.E. González Díaz, “Las nuevas directrices sobre concentraciones horizontales en Estados Unidos”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 20, 2011, pp. 5–8.

en la legislación de competencia de muchos países. Las prácticas absolutas son prácticas que se persiguen *per se*, es decir por sí mismas. Ejemplos de dichas prácticas son aquellos contratos, acuerdos o cárteles cuyo objetivo o efecto se ha fijar, incrementar, acordar o manipular precios, restringir o limitar la producción, la comercialización o distribución de los bienes y servicios, entre otros (*v.gr* en México, art. 9 Ley Federal de Competencia Económica). Mientras que las prácticas relativas se persiguen con base en la llamada “regla de la razón”. En esta categoría se encuentran los acuerdos para fijar precios o cantidades entre competidores, los acuerdos para dividir los mercados entre ellos y las manipulaciones de las subastas públicas. Por ejemplo, restricciones en las relaciones entre proveedores y distribuidores, ventas atadas por el condicionamiento de la venta de un producto a la compra de otro producto adicional (*v.gr.* art. 10 Ley Federal de Competencia Económica).

Las fusiones verticales pueden producir beneficios por distintas razones. Estas operaciones pueden ayudar a que la empresa se organice de manera eficiente y reduzca los costos de transacción. También fusiones verticales pueden producir efectos desfavorables en el bienestar, diversos estudios muestran que este tipo de operaciones acarrea riesgos. Entre ellos uno de los más discutidos, es la posibilidad de que la empresa que efectúa la fusión la utilice para bloquear el acceso de sus competidores a un insumo o a un mercado. Para que ello ocurra, una condición necesaria es que la empresa fusionada o la fusionante cuenten con poder de mercado. Además de obstaculizar el acceso de los competidores al insumo y elevar sus costos, la integración vertical de una empresa puede permitir la extensión del poder de mercado a otro nivel, para producir un “apretón de precios” (*price squeeze*).

El ejemplo que normalmente se cita al respecto es el de la empresa *Alcoa*, importante productora de aluminio que fue acusada de vender caro el insumo a sus competidores al tiempo que vendía a bajo precio los productos finales. De esta forma, *Alcoa* encarecía

los costos de sus rivales y los desplazaba del mercado de los derivados del aluminio²⁶⁴.

Otro de los efectos de la integración vertical es que, bajo ciertas condiciones, puede facilitar la colusión en industrias altamente concentradas. Por ejemplo, la integración de cadenas de distribución puede facilitar el monitoreo de precios. Esta situación ocurrió en EE UU en el mercado aéreo, en donde a través de los sistemas de reservación las aerolíneas intercambiaban información que les permitía coordinar sus precios y la vigencia de sus ofertas.

iii) Las fusiones de conglomerado son de tres tipos.

a) Las que se denominan de extensión de producto, en las que se involucran empresas que elaboran distintos bienes, pero utilizan canales de distribución y comercialización o aplican procesos productivos similares.

b) Las operaciones de extensión de mercado, en las que las empresas elaboran el mismo producto pero participan en mercados geográficos distintos.

c) Finalmente, hay las concentraciones de conglomerado de tipo “puro”, que ocurren entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí.

²⁶⁴ En 1945, la sentencia dictada en el caso *Alcoa* se aceptó en los EE UU la aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolios norteamericana en base a la llamada “teoría de los efectos”. Según esta teoría era posible sancionar una práctica desarrollada fuera del territorio siempre que la misma tenga efectos de manera directa, substancial y razonablemente previsible sobre el mercado norteamericano (*United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945)).

3. Cárteles con dimensión internacional

Respecto a cárteles, la Comisión de Competencia de la OCDE estima que sólo uno en seis o siete cárteles privados son descubiertos y sancionados. En promedio, cárteles privados cobran precios excesivos que ascienden a un 10% del comercio de sus productos y causan un daño total de 20% del comercio afectado. La liberalización y desregulación de los mercados a escala internacional aumentan los incentivos empresariales de participar en cárteles mediante el fomento de la competencia en mercados anteriormente protegidos. Esos cárteles debilitan la integración internacional y disminuyen el beneficio de la liberalización para los consumidores.

Un ejemplo que nos puede ayudar a entender con mayor claridad los posibles efectos de un comportamiento colusorio es el siguiente: en 1992 la empresa Nestlé hizo una oferta pública por Perrier S.A., que es la empresa líder productora de agua mineral en Europa. Antes de la fusión, las participaciones de mercado eran Perrier 35.9%; BSN, 23% Nestlé 17.1%; y otros competidores, 24%. La fusión Nestlé/Perrier crearía la empresa líder en el mercado con 53% de participación, mientras que la segunda solamente tendría 23%. Ante esta situación, la Comisión Europea rechazó tal fusión propuesta debido principalmente al incremento en la concentración de mercado en una sola empresa. Entonces, Nestlé propuso a la Comisión Europea que se aprobara la fusión con la condición de transferir la empresa Volvic, una de las plantas importantes de producción de agua mineral de Nestlé/Perrier, a su rival BSN. Aun así no es claro que el resultado garantice competencia entre las empresas, ya que se puede argumentar que la colusión entre Nestlé/Perrier y BSN (con Volvic), es ahora más fácil, debido en gran parte a que ahora son empresas “simétricas” con cuotas de mercado similares de 38%.

Existen muchas formas de colusión entre empresas competidoras y hay una preocupación permanente de que se produzcan concentraciones de mercado mediante la colusión. En efecto, la tendencia general en mercados nacionales e internacionales es de concentración. Por varias razones, la oligopolización no es anticompetitiva *per se*, sin embargo es obvio que el número de participantes en un mercado determina la probabilidad de colusión. Por eso es que la distinción entre la cooperación anticompetitiva y competitiva es difícil de determinar.

En términos generales, la literatura distingue entre *colusión explícita* y *tácita*.

La *colusión explícita* es sinónimo con lo que se conoce más generalmente como la cartelización. Un cártel es un acuerdo formal entre empresas en una industria oligopólica. Miembros del cártel pueden fijar los precios, la cantidad a producir, las cuotas de mercado, la asignación de clientes y territorios o la división de ganancia. El comportamiento de un cártel clásico imita la búsqueda de rentas monopólicas mediante la restricción de la producción y el aumento o la fijación de los precios para obtener ganancias mayores. En el caso de cárteles públicos como los cárteles exportadores (que normalmente están exentos de las leyes de competencia domésticas), los cárteles de depresión (que permiten la racionalización de una industria) o los acuerdos internacionales sobre productos básicos (que fijan los precios en los mercados mundiales, como en el caso del petróleo y del azúcar) son los gobiernos los que abiertamente establecen y controlan el cumplimiento de las reglas que conciernen a los precios, la producción y otros asuntos relacionados. Sin embargo, los cárteles privados se basan en acuerdos secretos y mutuamente beneficiosos que gobiernan las condiciones del cártel. Para tener éxito un cártel requiere “competencia”, “coordinación” y “cumplimiento” por parte de sus miembros. Eso significa que los miembros deben ser capaces de detectar violaciones del acuerdo y controlar el cumplimiento del acuer-

do por medio de sanciones contra los violadores. Estas condiciones no se alcanzan fácilmente y eso a menudo explica por qué algunos cárteles tienen una tendencia a disolverse a lo largo del tiempo. Generalmente se percibe que la creación de un cártel constituye el comportamiento estratégico quizá con mayores efectos anticompetitivos sobre el bienestar del consumidor. El daño económico es doble: los cárteles reducen la producción y aumentan los precios, de esa manera mermando la capacidad de compra de los consumidores, y pagando más por la cantidad que si adquieren. Eso significa que se produce una cantidad menor de ese producto o servicio, forzando al consumidor a sustituirlo con un producto menos deseable. Obviamente, el precio derivado por el cártel en sí mismo y la transferencia de bienestar desde los consumidores hacía los productores es otro daño económico para los consumidores.

La *colusión tácita*, por el contrario, no necesita involucrar un acuerdo explícito ni una comunicación entre las empresas. La interdependencia estratégica en términos de precio y producción en una industria oligopólica genera incentivos entre los participantes para coordinar sus decisiones en una perspectiva de cártel, pero sin un acuerdo explícito. De ahí que la colusión tácita es muy difícil de comprobar. Varios factores pueden facilitar la fijación de precios²⁶⁵. Entre ellos destacan:

i) La capacidad de subir y mantener los precios de la industria. Si las barreras de entrada al mercado son bajas o si existen productos sustitutos, la colusión no será estable y las empresas no tendrán incentivos para participar o seguir participando en la fijación de precios.

²⁶⁵ C. Padrós y Reig, “Fijación de precios, autorregulación y defensa de la competencia”, *Anuario de Competencia*, 1998, pp. 303–320.

ii) Las empresas no esperan que la colusión sea fácilmente descubierta o severamente sancionada. En este caso la ganancia colusoria podría ser significativamente más alta que los costos de multas y pérdida de reputación empresariales.

iii) Los costos de organización son bajos. Si las negociaciones entre las empresas son difíciles y los costos de la supervisión y el monitoreo son demasiado altos, sería difícil de forjar una conspiración.

iv) Los productos involucrados son homogéneos o muy parecidos. Acuerdos sobre precios uniformes no se logran fácilmente si los productos son muy distintos en sus atributos como calidad y durabilidad. En estas circunstancias se hace difícil para las empresas saber si variaciones en ventas se deben a un cambio de preferencias del consumidor o a un mal cumplimiento de miembros en forma de rebajas secretas.

v) La industria está altamente concentrada o pocas grandes empresas entregan gran parte del producto. Si hay pocas empresas el costo de organización colusoria es bajo. La probabilidad de descubrir empresas que no respetan los precios fijos será correspondientemente más alta.

vi) La existencia de una asociación de industria o de comercio. Asociaciones pueden ser una base de coordinación de actividades económicas y de intercambio de información que facilitaría la colusión. También sirven para reducir los costos de organización y monitoreo.

Cabe mencionar que la presencia de estos factores no necesariamente determina la presencia de colusión. Asimismo, existen algunos factores que limitan la posibilidad de colusión. Por ejemplo, la heterogeneidad de productos, diferencia en la estructura de

costos de las empresas, condiciones cíclicas de negocio, la presencia de clientes sofisticados, el cambio tecnológico, compras infrecuentes de los productos, expectativas empresariales distintas, etc.

V. Propiedad intelectual

1. Derechos de propiedad intelectual y restricción de la competencia

A) Dialéctica entre propiedad intelectual y libre competencia

Resulta obvio afirmar que los derechos de propiedad intelectual, por su propia naturaleza, implican una restricción de la competencia, en la medida en que otorgan unos determinados derechos de exclusiva a sus titulares²⁶⁶. La cuestión que plantean desde la perspectiva del comercio internacional es el de delimitar qué tipo de prácticas quedan justificadas por la propia naturaleza del derecho y qué prácticas constituyen una utilización abusiva del mismo²⁶⁷. La demarcación de las relaciones que se generan entre las normas en materia de propiedad intelectual y de libre competencia es una materia ampliamente estudiada tanto desde una perspectiva doctrinal como jurisprudencial²⁶⁸. La presencia de postulados presentes en ambos sectores, en cierto modo conflictivos, plantea la incertidumbre acerca cual de ellos debe predominar sobre el otro. En la hora actual se asiste a una renovación de esta preocupación tradicional y ello por la progresiva relevancia que la innovación y

²⁶⁶ E. Armijo Chávarri, “La propiedad industrial y el Derecho de la competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 5, 2004, pp. 205–230.

²⁶⁷ C. Lence Reija, “El abuso de posición dominante en los derechos de propiedad intelectual: licencias obligatorias como remedio”, *Anuario de competencia*, 2006, pp. 265–288.

²⁶⁸ A. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Globalización y propiedad intelectual”, *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Salamanca, ed. Univ. Salamanca, 2005, pp. 525–556.

el desarrollo tecnológico están alcanzando en las economías modernas lo que ha conducido a muchos Estados a recapacitar acerca de las soluciones adoptadas en esta materia²⁶⁹.

Y, lo que es más importante, la progresiva globalización de los mercados y la cada vez mayor interrelación entre las economías nacionales ha situado el debate a un nivel internacional. En este último se produce una constante dialéctica a los efectos de precisar el punto de equilibrio necesario entre la protección jurídica de la propiedad intelectual y de la libre competencia, a fin de desarrollar un grado óptimo de innovación²⁷⁰.

La propiedad intelectual, de un lado, y la normativa en materia de libre competencia, de otra, están orientadas al impulso del bienestar de los consumidores a través del fomento de la innovación. Ahora bien, la naturaleza de las relaciones entre ellas no está exenta de tensiones e fluctuaciones. Sucintamente puede adelantarse que entre ambas políticas existe un conflicto congénito, desde el momento en que el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual confiere a su titular una posición monopolística con respecto al producto o bien protegido, en tanto que el propósito del Derecho de defensa de la competencia es, inexcusablemente, promover la presencia de mercados abiertos y restringir el ejercicio del poder de mercado. La prueba es que la mayoría de los Estados desarrollados conceden derechos de propiedad intelectual porque imaginan que éstos establecen una incitación al progreso técnico y económico. Por medio de la concesión de un marco de exclusividad, estos derechos suministran a sus titulares importan-

²⁶⁹ C. Lence Reija, "El permanente conflicto entre propiedad industrial y libre competencia", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 26, 2005–2006, pp. 247–262.

²⁷⁰ R.D. Anderson, y Gallini, N.T. (eds.), *Competition Policy and Intellectual Property Rights in Knowledge-Based Economy*, University of Calgary Press, 1998.

tes instrumentos para ser utilizados en la confrontación competitiva que se genera en el mercado²⁷¹.

Existen, en efecto, ciertas fricciones o problemas a los que puede dar lugar la conjunta aplicación de ambos sectores del ordenamiento jurídico. La exclusividad privativa a los derechos de propiedad intelectual confiere a sus titulares una posición esencialmente favorecida en los mercados y, de esta suerte, su propietario puede tener la tendencia a utilizar semejante posición para expandir o incrementar su poder a través de medios anticompetitivos. Asimismo, el titular de un derecho de propiedad intelectual puede perfeccionar contratos de licencias en los que se inserten cláusulas restrictivas capaces de perturbar la estructura competitiva de los mercados.

B) Problemas de competencia económica por la protección del uso del conocimiento y de los avances tecnológicos

En países como Alemania, Francia, Italia, Japón, desde el siglo pasado hasta principios del presente, la revolución industrial y la consolidación de grandes empresas de alcance internacional se han basado en gran medida en la libre circulación de tecnologías y procesos industriales. Hoy en día, el acceso a innovaciones científicas y tecnológicas está “protegido” por una exigente normativa nacional y multilateral. Y como es sabido, en los países en desarrollo –salvo contadas excepciones– los presupuestos tanto nacionales como de las empresas privadas destinados a la investigación no se comparan con los de los países industrializados. Y ello sin mencionar el problema de fondo que trasciende el de las limitaciones científicas y tecnológicas: el de las debilidades de los sistemas educativos.

²⁷¹ C. Herrero Suárez, “Libre competencia y propiedad intelectual”, *ibíd.*, vol. 6, 2005, pp. 59–107.

¿Hasta qué punto se puede hablar de libre competencia internacional en materia de acceso y uso de la ciencia y tecnología en los procesos productivos? Dicho en otros términos: ¿es válido plantear la competencia en la economía internacional si el uso del conocimiento y de los avances tecnológicos está protegido y no es accesible para los países en desarrollo en condiciones de igualdad?

Todas las políticas de la competencia exceptúan explícita o implícitamente de su esfera de aplicación los derechos exclusivos inherentes a la protección de la propiedad intelectual que otorga el Estado por considerarse que justifican restricciones sobre las cuales en otro caso se ejercerían controles. Según la doctrina de la legalidad intrínseca aplicada en algunos países, el otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual implica la facultar de imponer restricciones sobre los concesionarios que estén comprendidos en el alcance de los derechos protegidos o estrechamente relacionados con ellos. Aunque el precio de reventa de las mercancías patentadas que vendan los detallistas no puede ser objeto de una limitación, el precio de las mercancías producidas por un concesionario o titular de una licencia puede fijarlo el titular de la patente. En algunas legislaciones en materia de competencia, se han establecido mediante medidas legislativas, directrices administrativas o procedimientos de ejecución unas “listas blancas” de prácticas que no cabe jurídicamente impugnar. En general esas prácticas exentas incluyen sobre todo: prohibiciones de cesión de las licencias; restricciones del alcance de la utilización en el caso del tipo de uso, la esfera técnica o los mercados de productos; restricciones relativas al volumen, los territorios o los posibles consumidores; retrocesiones; restricciones de la duración (dentro del plazo de vigencia del derecho de propiedad intelectual); restricciones del uso después de la terminación del acuerdo relativo a los derechos de propiedad intelectual por las que se mantiene su validez así como el carácter secreto de los conocimientos técnicos; y obliga-

ciones de no divulgación (en el caso de los conocimientos técnicos).

Sin embargo, la incertidumbre relativa al trato de algunos derechos de propiedad intelectual en la legislación sobre la competencia, así como en la política de ejecución seguida en esa esfera, pueden deberse a la falta de disposiciones explícitas referentes a esas cuestiones en algunas leyes o directrices relativas a la competencia. Así pues, las Directrices antitrust para las licencias concernientes a la propiedad intelectual de los EE UU únicamente se refieren a la transferencia de tecnología o a las cuestiones relacionadas con la innovación que se plantean respecto de las patentes, derechos de autor, secretos comerciales y acuerdos sobre conocimientos técnicos, pero no se aplican a las cuestiones de la diferenciación de productos planteadas respecto de las marcas de fábrica.

Según la mayoría de las leyes sobre la competencia, las exenciones concedidas a prácticas en el contexto de derechos de propiedad intelectual no son absolutas. Correspondiendo a las “listas blancas” antes mencionadas, existen también en algunas leyes “listas negras” de prácticas prohibidas intrínsecamente, tales como: las prácticas que no están en absoluto justificadas por derechos conferidos en virtud de la propiedad intelectual, tales como la transferencia de derechos de propiedad intelectual secundarios o sin ningún valor sólo como pretexto para imponer restricciones respecto de productos o mercados no comprendidos en los derechos de propiedad intelectual; los acuerdos de concesión recíproca de licencias o patentes mancomunadas entre competidores actuales o potenciales; las cláusulas de retrocesión unilateral o exclusiva; las restricciones aplicadas después de la expiración del acuerdo sobre la utilización de conocimientos técnicos que ya no son secretos; y en algunos países determinadas restricciones verticales

como la determinación vertical de precios²⁷². Según muchas leyes, aun en el caso de que no se haya establecido formalmente una “lista negra”, los tipos de prácticas permitidas estarán limitadas por el principio general de que un derecho de propiedad intelectual sólo da lugar a una exención respecto de las restricciones comprendidas dentro de su alcance.

En la aplicación del análisis económico a la amplia gama de prácticas comprendidas entre los dos extremos de la clara legalidad intrínseca y de la clara ilegalidad intrínseca (las llamadas “listas grises”) es donde de hecho se han planteado la mayoría de las dificultades y controversias. Se acepta generalmente que el simple hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no significa en sí mismo que el titular del derecho tenga un monopolio, pues pueden existir productos sustancialmente equivalentes. Pero ha resultado difícil determinar si las restricciones contractuales que no corresponden a las facultades directamente derivadas de los derechos de propiedad intelectual son complementarias de esos derechos o constituyen un abuso, que permite al titular del derecho restringir la competencia de una manera que si hubiese explotado directamente el derecho de propiedad intelectual no hubiera sido posible. Esas dificultades han sido aún mayores en el caso de las restricciones establecidas en los acuerdos de concesión de licencias relativas a conocimientos técnicos o secretos comerciales, pues normalmente el Estado no concede derechos exclusivos a ese respecto, por lo que su protección sólo puede lograrse por medios contractuales (aunque la formulación de directrices en el marco de algunas leyes sobre la competencia ha disminuido la incertidumbre en esta esfera). Además, algunos países han estado relativamente menos dispuestos a permitir limitaciones en los acuerdos de

²⁷² A. González-Páramo Rodríguez, “Proceso de reforma de la política sobre restricciones verticales a la competencia: el libro verde y sus consecuencias”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 93–112.

concesión de licencias a causa de su preocupación por salvaguardar la lealtad en la competencia y la libertad de acción de los concesionarios de las licencias, así como por los efectos desfavorables sobre la transferencia de tecnología y sobre los incentivos de los concesionarios para innovar. Las dificultades han aparecido en particular en aquellas esferas donde el alcance preciso de las facultades derivadas de un derecho de propiedad intelectual no son claras, o donde existen diferencias en las soluciones adoptadas por los países o por los tribunales dentro de un país. Una de esas esferas es la protección de los derechos de autor y los secretos comerciales en el caso de las nuevas tecnologías, así como en el caso de determinados aspectos de los programas informáticos. A ese respecto se han planteado problemas de competencia, sobre todo cuando las empresas dominantes disfrutaban de la protección de los derechos de autor respecto de determinados aspectos de los programas que se han convertido en normas industriales. Es muy probable que problemas análogos se planteen en relación con el alcance de la protección de los derechos de autor en el caso de las bases de datos y las redes de información, así como en lo referente a la protección de las patentes de programas informáticos y a la biotecnología.

También existen diferencias en cuanto al alcance de la exclusividad de los derechos de producción, venta, importación y distribución que conceden las patentes. Según la doctrina de la “primera venta” en los EE UU y del “agotamiento de los derechos” en la legislación de algunos países europeos, después de la primera venta de un producto patentado o de marca registrada por un titular de los derechos, los compradores tienen la libre disposición del producto. Sin embargo, las diferencias son importantes a ese respecto. En algunos países de la esfera del derecho romano (especialmente en Alemania), con el fin de lograr la libre circulación de las mercancías, se consideró que los derechos de distribución exclusiva vinculados a la propiedad intelectual caducaban automáticamente después de la primera distribución que se hubiera efec-

tuado con o sin el consentimiento del titular de los derechos dentro del país o en el extranjero. Si el titular de los derechos imponía condiciones restrictivas en el contrato de venta o de concesión de licencia, su validez dependería únicamente de la ley general sobre la competencia y los concesionarios posteriores de licencias no quedaban vinculados. Recientemente ese principio se ha modificado algo en los países de la Unión Europea. Si bien el agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual continúa aplicándose a las mercancías vendidas en el mercado de los países de la Unión Europea, los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden, sin embargo, impedir las importaciones paralelas procedentes de otros países. En la legislación de la Unión Europea se protege la existencia de los derechos de propiedad intelectual, pero el ejercicio de esos derechos para impedir las importaciones paralelas procedentes de otros Estados miembros de mercancías auténticas que han sido puestas a la venta en el mercado por el titular de los derechos o con su consentimiento (incluso mediante filiales o concesionarios independientes) es contrario a las disposiciones del Tratado de Roma referentes a la libre circulación de las mercancías, así como al principio del agotamiento de los derechos.

Por otra parte, en la mayoría de los países del sistema de *common law* si el titular de los derechos realiza una venta o concede una licencia dentro de un país sólo perderá sus derechos sobre el artículo si no existe ninguna condición restrictiva en el acuerdo (aunque esas condiciones están sujetas a los controles de la competencia). Las nuevas ventas o licencias estarán sometidas a las mismas condiciones aun cuando los contratos posteriores no las incluyan expresamente, pues en virtud de la teoría de la “licencia implícita” un concesionario de licencia posterior no puede adquirir un mejor derecho que el que ya poseía el primer concesionario de la licencia. En el asunto *Pilkington*, por ejemplo, el Departamento de Justicia de los EE UU procedió a aplicar las reglas de la competencia contra las restricciones impuestas en las licencias conce-

didadas por una empresa británica fabricante de vidrio respecto de una determinada técnica de elaboración de vidrio a concesionarios estadounidenses, en las que se restringía el alcance geográfico y tecnológico de su utilización, así como las cesiones posteriores de las licencias de utilización de la tecnología, y se exigía la retrocesión de las mejoras que presuntamente limitaban tanto las importaciones de vídeo en los EE UU como las exportaciones de vídeo desde los EE UU²⁷³.

En cuanto a las importaciones en los EE UU mismos, están prohibidas las de mercancías extranjeras hechas con licencia de un titular estadounidense de una marca de fábrica. Sin embargo, son legales las importaciones paralelas de mercancías de marcas registradas cuando el titular extranjero y el nacional de la marca son los mismos, o se trate de empresas filiales, pues se encuentran sometidos a un “control común”. En el caso de mercancías patentadas, el principio del agotamiento sólo se aplica respecto de la primera venta dentro de los EE UU, pero no cuando el producto patentado se ha obtenido en el extranjero, aun cuando exista una patente paralela extranjera para el producto. La Unión Europea ha adoptado disposiciones respecto de la concesión de licencias de patentes, conocimientos técnicos y patentes conexas, que contienen listas de diferentes tipos de prácticas que están exentas (principalmente licencias exclusivas y prohibiciones conexas de exportación), que son aceptables si no son objeto de oposición por parte de la Comunidad Europea, o que estén directamente prohibidas; los beneficios de la exención en bloque pueden retirarse en algunas circunstancias, tales como la falta de competencia efectiva entre marcas, particularmente cuando la cuota de mercado del conce-

²⁷³ *U.S. c. Pilkington plc*, 7 Trade Reg. Rep. (CCH) 50758 (D. Ariz. 1994) Consent Decree). Este asunto se examina en el estudio de la UNCTAD sobre “las prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país...”.

sionario rebase el 40%²⁷⁴. En general no se considera que el dominio proceda simplemente de la posesión de un derecho de propiedad intelectual, por lo que no se estimará que existe un abuso de dominio cuando una práctica es inherente a la “materia específica” y la “función esencial” del derecho de propiedad intelectual. La simple negativa a conceder la licencia de un derecho de propiedad intelectual, por ejemplo, no constituye normalmente en sí misma un abuso, pues no impide a los competidores la fabricación, venta o importación de productos donde se utilice sin consentimiento el derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, la negativa arbitraria a suministrar o continuar la producción de piezas de repuesto, o la fijación de precios no equitativos para esas piezas, constituirá un abuso²⁷⁵ (actualmente existe una controversia en la Unión Europea respecto del alcance y la duración adecuados de la protección de los diseños industriales de las piezas de recambio para automóvil). En circunstancias excepcionales, la negativa a conceder una licencia puede equivaler a un abuso cuando se impide la innovación de los productos, se excluye toda posibilidad de competencia en los mercados consumidores y la negativa del titular del derecho no está justificada por sus actividades²⁷⁶.

En los acuerdos de concesión de licencias están permitidas las cláusulas que limiten las exportaciones a los países no pertenecientes a la Unión Europea, siempre que ello no afecte a los intercambios dentro del Mercado Común. En conjunto, en comparación con la legislación de los EE UU, las reglas de la Unión Europea en materia de competencia parecen aplicar controles más severos en lo referente al ejercicio de los derechos de propiedad in-

²⁷⁴ Reglamento 240/96 de 31 de enero de 1996, DO 1996 L/31/1. Entrada en vigor el 1º de abril de 1996

²⁷⁵ Vid. *Volvo c. Veng*, asunto 238/87 (1988) ECJ 6211, y el asunto *Renault Maxicar* de 5 de octubre de 1988.

²⁷⁶ Vid. *RTE and ITP c. Commission (Magill)*, asuntos C-241/91P y C-242/91, de 6 de abril de 1995.

lectual dentro del Mercado Común. Sin embargo, las similitudes entre las dos legislaciones son más importantes, como han demostrado las medidas conjuntas adoptadas contra una empresa de programas de computador dominante a causa de sus prácticas en materia de precios relacionados con la concesión de licencias y de acuerdos sobre secretos comerciales o confidencialidad para impedir la competencia.

En las leyes sobre la competencia de los países en desarrollo y los países en transición generalmente se prevé cierta flexibilidad en las exenciones para los derechos de propiedad intelectual, pero la práctica en materia de aplicación que es necesaria para aclarar el alcance de esas exenciones es muy limitada.

2. Tendencias flexibilizadoras

Puede observarse una predisposición hacia una flexibilización de la normativa en materia de libre competencia consistente en un manejo cabal de la política antimonopolio para violentar el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Para ello las autoridades de la competencia (tanto en Europa como en EE UU) están patrocinando una actitud mucho más flexible respecto a la explotación de estos derechos. Esta tendencia responde en gran parte al convencimiento de que la innovación tecnológica es esencial en las economías modernas y que produce un incremento de la propiedad intelectual y, simultáneamente, un desahogo en la ordenación de los estándares con arreglo a los cuales se valora el carácter anticompetitivo de las conductas empresariales en las que estos derechos se vean implicados.

A partir de lo anterior se asiste a la globalización²⁷⁷ potencializada en la OMC, que en términos amplios puede ser la consecuencia de la desaparición de las fronteras económicas y financieras, campo abierto para las multinacionales, normalización del comercio internacional, como puede advertirse, que ha incluido, temas como los relativos a los derechos de propiedad intelectual, materia que se recoge en uno de los acuerdos multilaterales de la OMC, anexo 1C, ADPIC. Específicamente la iniciativa para incluir el tema de la propiedad intelectual en la agenda de la Ronda Uruguay, procedió de países como EEUU, aspecto este bastante frecuente en sus negociaciones comerciales internacionales, es más, se señala que éste solicitó a varios países en desarrollo que aceptaran ciertas normas de protección de los derechos de propiedad intelectual que todavía estaban en discusión en el foro multilateral, adelantándose a los resultados de tal proceso. A su vez, los colectivos empresariales del referido país, así como los de Europa Occidental y Japón²⁷⁸, concertaron un informe denominado “Estructura básica de las Disposiciones del GATT para la protección de la propiedad intelectual. Propuesta de las comunidades empresariales de Europa, Japón y EE UU”, precedente de lo que actualmente es el ADPIC.

²⁷⁷ Se replantean los paradigmas tradicionales, la confusión de los espacios establece nuevas relaciones de poder y competitividad, conflictos y entrecruzamientos, problemática que escapa a los esquemas de los Estados nacionales con fronteras que aislaban y dividían. J. F. Ramírez Gómez, “Marcas y Patentes: la Convención con Francia de 1901 sobre Propiedad Industrial”, *Doctrinas Jurídicas*, Bogotá, vol. 9, mayo–junio 2002, p. 246.

²⁷⁸ Las principales corporaciones de EEUU constituyeron el Comité de Propiedad Intelectual (1986), para obtener consenso internacional dentro del sector privado, que contactó además, con las comunidades de negocios de Europa Occidental y Japón, las que formularon peticiones semejantes a sus respectivos gobiernos. J. J. Cristiani, “La libre circulación de mercancías y los derechos de propiedad intelectual en el tratado de libre comercio de América del Norte”, *Ars Iuris*, México, n° 12, 1994. p. 107.

De este modo, dichas potencias, alejándose de las negociaciones en principio propias de la OMPI, trasladaron el debate de los bienes tecnológicos, de los derechos de propiedad intelectual, a las negociaciones que dieron origen a la OMC²⁷⁹, que en cierto modo estaba al margen de la misma, pero que era impulsado por los cambios en materia de comercio de productos y de servicios en el contexto de un mundo globalizado, en el que los bienes manufacturados y agrícolas ceden importancia al comercio de bienes tecnológicos o de intangibles, en el que precisamente dichos países cuentan con una ventaja comparativa, con un rubro de venta de tecnología considerable, bajo la forma de patentes, pago de regalías, entre otros²⁸⁰, lo que contrasta con los países en desarrollo, con marcado sesgo hacia la exportación de productos básicos, para los que la protección mediante el sistema de propiedad intelectual es menos atractiva.

Inclusión de la temática intelectual que también respondía a problemas como los que planteaban (plantean), el creciente comercio internacional de mercancías falsificadas y las dificultades para penalizar estas prácticas, las empresas perjudicadas no podían iniciar acciones legales en el país donde operaban, ni impedir que un gobierno permitiera la importación de mercancías falsificadas, obstáculo claro al comercio, dada la inexistencia de legislación en esta materia o de diferencias sustanciales en su contenido²⁸¹, se buscaba, por ejemplo, que la defensa frente a productos falsificados abarcara la importación, la exportación, las mercancías en tránsito, piénsese que no sólo la falsificación de mercancías,

²⁷⁹ Vid. F. Abbott, “Distribute Governance at the WTO–WIPO: An Evolving Model for Open–Architecture Integrated Governance”, *Journal of International Economic Law*, Bristol, vol. 3, marzo 2000, p. 69.

²⁸⁰ Vid. G. Misas, “Comentarios a la ponencia: propiedad intelectual y patentes”, *Revista Nacional de Agricultura*, Bogotá, n° 897, diciembre 1991, p. 205.

²⁸¹ M. Mollet, “La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC”, *Colección de estudios económicos*, Barcelona, n° 24, p. 231.

sino la usurpación y otras prácticas similares han ocasionado numerosas pérdidas a la industria mundial, prácticas cualitativa y cuantitativamente de gran impacto económico y social. Se requería afrontar la problemática intelectual, con un interés protector que debía armonizarse con la normativa del sistema multilateral de comercio²⁸², debiendo servir de instrumento jurídico para reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, conjunción ciertamente difícil, pues de un lado la falta de respeto por ellos, constituye un obstáculo para la inversión, particularmente extranjera, y para el desenvolvimiento de la actividad económica y de la creatividad, y por otro, los propios derechos de propiedad intelectual²⁸³ pueden constituir o legitimar barreras no arancelarias equivalentes a las perjudiciales restricciones cuantitativas, manifestación de proteccionismo que limita el libre comercio.

²⁸² Vid. A. Reich, "The WTO as a Law-Harmonizing Institution", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 25, 2004, p 339.

²⁸³ Mercados en los que la propiedad intelectual no es protegida razonablemente, bienes desarrollados gracias a inversiones y profundas investigaciones, son fácilmente desplazados por imitaciones o falsificaciones, ofrecidas a un precio mucho más bajo. J. J. Cristiani, *op. cit.*, p. 108.

CAPÍTULO IV

COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA Y LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA

I. Ventajas de la cooperación internacional

1. Beneficios que puede reportar la cooperación internacional en la aplicación de la legislación y la política en materia de competencia

La cooperación técnica es esencial como vehículo para facilitar la aplicación efectiva de leyes y políticas de competencia en las economías en desarrollo. La cooperación en la aplicación de la legislación sobre competencia era ya un hecho a diversos niveles.

i) A nivel multilateral, varios acuerdos de la OMC, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), abarcan aspectos de las prácticas anticompetitivas de las empresas y disponen la celebración de consultas entre los Miembros afectados.

ii) A nivel regional, los enfoques de cooperación en materia de aplicación de la legislación sobre competencia se han visto alentados en el contexto de diversos acuerdos de integración regional. La Comunidad Europea es evidentemente el ejemplo más avanzado de este tipo de acuerdos, pero esfuerzos similares se han em-

prendido en el marco del TLCAN, el Mercosur y otros mecanismos.

iii) Es probablemente a nivel bilateral donde tienen lugar las formas más intensas de cooperación, con acuerdos que involucran a un número reducido de jurisdicciones con amplia experiencia en leyes y políticas de competencia y prevén notificaciones, la celebración de consultas y, en algunos pocos casos, el intercambio de información confidencial, con el objeto de facilitar la aplicación de la ley. La amplitud e intensidad viables de la cooperación internacional en la observancia de la legislación sobre competencia depende en gran medida de la capacidad institucional, la experiencia y el grado de confianza alcanzado a lo largo del tiempo entre los países participantes²⁸⁴.

La necesidad de cooperación internacional en la esfera de la legislación y la política en materia de competencia es importante²⁸⁵. A este respecto, se ha hecho referencia a la importancia de la cooperación internacional, como instrumento de aplicación de la ley, para abordar la creciente incidencia de actividades anticompetitivas de alcance transfronterizo; a los beneficios de aumentar la comunicación entre las autoridades competentes en la materia, como medio de reducir al mínimo los conflictos jurisdiccionales y promover una “fácil convergencia” de enfoques sustantivos de la legislación y la política en materia de competencia entre los Estados; y a la contribución de la cooperación en casos concretos, y de otras formas específicas de cooperación, al fortalecimiento de los

²⁸⁴ T. Palacios Blasco, “Cooperación internacional en política de competencia”, *loc. cit.*, 1999, pp. 407–430.

²⁸⁵ F.M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1996.

procesos de creación de capacidad institucional, especialmente en los países en desarrollo²⁸⁶.

Más generalmente, se ha sugerido que es necesario aumentar la cooperación y la comunicación entre los Miembros de la OMC en esta esfera, habida cuenta de la disminución de los obstáculos al comercio y la globalización en curso de los mercados. Sin un compromiso de aumentar la cooperación, las prácticas anticompetitivas pueden socavar los beneficios de la liberalización del comercio y, por ende, la confianza en el sistema multilateral. Se ha aducido asimismo que la cooperación internacional puede ayudar a corregir el desequilibrio de poder que se alega existe entre las empresas transnacionales y los gobiernos de los países en desarrollo, sin lo cual estos países pueden tropezar con dificultades prácticas al aplicar sus leyes contra conductas perjudiciales de origen extranjero.

Se han expresado una serie de reflexiones en relación con los beneficios que puede reportar la cooperación internacional en la aplicación de la legislación y la política en materia de competencia, según el carácter de casos concretos y el alcance de la cooperación emprendida: en primer lugar, se ha sugerido que la obtención de información sobre los mercados, las prácticas y las empresas y las personas físicas afectadas puede facilitar sustancialmente la aplicación de las leyes pertinentes en casos concretos; en segundo lugar, el intercambio de opiniones entre organismos afines sobre cuestiones tales como la descripción de los mercados pertinentes, la evaluación de teorías alternativas sobre un caso, y los pros y los contras de recursos alternativos puede ser de gran valor para el proceso de aplicación; en tercer lugar, la cooperación puede reducir al mínimo los conflictos que pueden surgir entre juris-

²⁸⁶ G. Solana González, “Comentarios sobre iniciativas recientes de cooperación institucional a nivel internacional en el campo de la defensa de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2002, pp. 27–38.

dicciones en casos en los que empresas con sede en una jurisdicción son objeto de investigación/posible acción judicial en otra y ayudar a resolverlos; en cuarto lugar, la cooperación relacionada con la coordinación de sanciones puede reducir al mínimo las incoherencias y aumentar al máximo los beneficios resultantes para la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, cuando proceda.

A fin de ilustrar la utilidad potencial de la cooperación para abordar las prácticas anticompetitivas transfronterizas, se ha hecho referencia en el Grupo de Trabajo al problema de los cárteles internacionales. Se ha señalado a la atención del Grupo de Trabajo información que parece indicar que esos cárteles están más extendidos de lo que se creía y que imponen grandes costos a los consumidores y a las industrias usuarias tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. No cabe duda de que la aplicación de disposiciones contra los cárteles por países que cuentan ya con esas disposiciones contribuye a mitigar esos efectos, ya que constituye un factor disuasorio general con respecto a las actividades de los cárteles internacionales.

No obstante, no es probable que se haga frente adecuadamente a los efectos de todos esos acuerdos, especialmente en el caso de países que carecen de leyes adecuadas en materia de competencia y/o de mecanismos de aplicación. Por consiguiente, se aduce que, a menos que los países sean partes en mecanismos de cooperación internacional que les dé acceso, cuando se desvela, a información sobre el alcance y funcionamiento de los cárteles, seguirán siendo víctimas de esas actividades. La cooperación requerida puede ser tan simple como el intercambio y la divulgación de información básica, por ejemplo sobre la legislación y las directrices de aplicación, o abarcar el intercambio de información más específicamente relacionada con casos concretos.

Se ha expresado asimismo la opinión de que el establecimiento en la OMC de un marco para la cooperación en casos concretos

puede fortalecer sustancialmente el proceso de creación de capacidad institucional en los países en desarrollo. En particular, al ir tomando conocimiento de las experiencias de otros Miembros y entrar en contacto con las mejores prácticas a través de la cooperación internacional, los Miembros pueden obtener valiosas ideas que den nuevo vigor a sus esfuerzos encaminados a la reforma interna. A este respecto, se ha hecho especial referencia a la importancia de la cooperación para países con recursos limitados, como las pequeñas economías insulares. Los mecanismos de cooperación pueden también proporcionar a los países con regímenes incipientes de política de competencia valiosos conocimientos sobre la aplicación de la legislación en materia de competencia. En particular, la cooperación puede facilitar la difusión de información relativa a las mejores prácticas en la aplicación de la política de competencia y ayudar a los países con regímenes establecidos recientemente a identificar las esferas prioritarias de aplicación con el fin de aumentar al máximo la eficacia de sus esfuerzos en ese sentido.

El establecimiento de un marco de cooperación puede asimismo ayudar a fomentar una cultura de la competencia, dado que los organismos nacionales pertinentes y la legislación sobre competencia son necesarios pero no suficientes para alcanzar ese objetivo.

Existen diversos acuerdos existentes sobre cooperación en la aplicación de la política y la legislación en materia de competencia. Entre ellos figuran los siguientes: i) acuerdos bilaterales específicamente relacionados con la cooperación en la aplicación de la legislación sobre competencia adoptados por una serie de países; ii) disposiciones sobre cooperación en la aplicación de la política/legislación en materia de competencia incorporadas a acuerdos comerciales bilaterales o regionales; y iii) acuerdos existentes de carácter no vinculante a nivel multilateral.

2. Soluciones unilaterales y coordinación

Las soluciones unilaterales son el punto de partida. Un país que desea integrar su economía con el resto del mundo y propagar su potencial y los beneficios de las posibilidades acrecentadas para el comercio y las inversiones debe levantar sus barreras (es decir, liberalizar su política) unilateralmente y convenir el tratamiento de nación más favorecida (NMF) a los bienes, servicios, trabajadores, profesionales, capitales y empresas de terceros países. Frente a esta opción, la liberalización recíproca y preferencial, es decir, el regionalismo, se abre a los mercados extranjeros de forma selectiva restringiendo en consecuencia las ganancias a los exportadores en particular pero, en contrapartida, entraña un incentivo a aquellos que desean beneficiarse de ello ampliando sus recursos para dar forma a los procesos de política conforme a ello. Puede afirmarse que en este marco el regionalismo es una alternativa política más realizable al *status quo* que el unilateralismo de la NMF. En realidad, la liberalización unilateral significa de hecho el levantamiento de las barreras comerciales dentro del marco del sistema de comercio multilateral y de conformidad con esas reglas debido a que la mayoría de los Estados son miembros del GATT y de la OMC.

Evidentemente, sin una cooperación internacional cualquiera, se encuentra uno en una situación unilateral “salvaje” en la que cada autoridad nacional de competencia haría lo que quisiera sin tener en cuenta los intereses de los demás Estados. En materia de Derecho de la competencia, el tiempo de semejante paso solipsista está completamente pasado, aún para esos Estados a los que se

reprocha (a menudo a justo título) una preferencia unilateral en otros campos²⁸⁷.

La política de competencia se internacionaliza cada día más. Es decir, que las transacciones internacionales que requieren autorización involucran cada vez a más naciones, y las prácticas monopólicas adquieren dimensión internacional. Por esta razón que las autoridades de competencia se coordinen²⁸⁸.

Al lado de tal unilateralismo desenfrenado, cabe la propuesta de un concepto unilateral refinado basado en la comprobación de que el derecho americano *antitrust* dispone de la mayor experiencia en acciones privadas, así como de las más severas sanciones (con la posibilidad en especial de pedir triples daños y perjuicios, *treble-damages*, de acuerdo con la Sección 4 del *Clayton Act*), el cual pide que sean incluidas en el cálculo de los daños y perjuicios las ventas realizadas en el extranjero, cuando dichas ventas son influidas por un cartel internacional. Así se logra un sistema de suplencia internacional que corresponde a un enfoque unilateral. Los países que disponen de la legislación la más estricta y que tengan el mayor potencial de ejecución (muchas veces los EE UU) toman a cargo la prosecución de los carteles, aún en la medida en

²⁸⁷ L. Waverman, W. Comanor y A. Goto (eds.), *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, Londres, Routledge, 1997.

²⁸⁸ México, haciendo uso de los acuerdos internacionales, consulta frecuentemente con otras autoridades de competencia sobre los asuntos que tienen incidencia internacional. Por ejemplo, en la pretendida concentración de Coca Cola y Cadbury, la CFC realizó consultas con autoridades de Francia, Italia, Bélgica, Gran Bretaña, Australia, Canadá y Brasil sobre las implicaciones que tendría esta concentración en sus respectivos países, y sobre los criterios y métodos de trabajo que se utilizarían para su resolución. Es cierto que no se intercambió información confidencial, pero sí se obtuvo conocimiento amplio sobre las preocupaciones que esta operación representaba para cada país y sobre los criterios empleados. La decisión final la tomó la Comisión con independencia y estricto apego a sus facultades, sin negar la gran utilidad que tuvo el intercambio de puntos de vista con las distintas autoridades.

que otros países están concernidos. Dicha propuesta desde luego tiene algunos méritos. Para empezar, de una vez para siempre pone fin a la discriminación de los extranjeros en materia de derecho de la competencia. Las empresas no domiciliadas en un determinado Estado no solamente quedan protegidas contra actos anti-competitivos en ese territorio, pero aún contra los comportamientos en el extranjero, en la medida en que estos se apoyan en un cartel internacional. Al mismo tiempo, la toma en consideración de los intereses extranjeros hace definitivamente caer las excepciones para los carteles de exportación, largo tiempo contenida en numerosas legislaciones. Al derogar en el principio del efecto, una autoridad nacional debería proceder en contra de un comportamiento salido de su territorio, aún cuando dicho comportamiento no tiene efecto alguno en ese país.

A parte de las mejoras, un enfoque unilateral no resuelve los problemas de fondo. El peligro de las decisiones administrativas divergentes no queda descartado. Además, los países concernidos por un cierto comportamiento anticompetitivo no quedarán forzosamente satisfechos con una toma a cargo unilateral y no solicitada por la autoridad que dispone del mayor poder de hecho. Por otra parte, las empresas ya no tendrían interés alguno en cooperar con las autoridades competentes de existir el peligro de que las informaciones obtenidas pudieran ser introducidas en un procedimiento civil en los EE UU. Por lo tanto, algunas propuestas concretas de la posición unilateral pueden volverse a tomar (por ejemplo la no discriminación de los extranjeros o la supresión de las exenciones a favor de los carteles de exportación), pero la solución para ser desarrollada no se para en eso.

3. Ámbitos de la cooperación

A) Acuerdos bilaterales sobre competencia

Con respecto a los acuerdos bilaterales que tratan específicamente de la aplicación de la legislación sobre competencia, nos encontramos generalmente ante acuerdos administrados directamente por los organismos competentes en la materia, que actúan en nombre de los gobiernos nacionales.

En materia de competencia, la cooperación bilateral tiene actualmente la mayor importancia práctica. Numerosos acuerdos bilaterales han sido ultimados en el mundo²⁸⁹, siendo el más conocido el acuerdo entre las Comunidades europeas y el gobierno de los EE UU de América que se refiere a la aplicación de sus reglas de competencia de 1991/1995²⁹⁰, completado por el acuerdo euroamericano de 1998, sobre la aplicación de los principios de cortesía activa en la aplicación de sus reglas de competencia²⁹¹. Además, las Comunidades europeas han concluido un acuerdo con Canadá²⁹², así como una convención con el Japón firmada el 10.7.2003²⁹³. La Comisión europea redacta los informes anuales

²⁸⁹ UNCTAD: Experiences Gained so far on International Cooperation on Competition Policy Issues and the Mechanisms Used – Revised Report by the UNCTAD Secretariat, TD/B/ COM.2/CLP/21/Rev.2, 25 abril 2003, pp. 36 ss

²⁹⁰ DOCE 1995 L95/47.

²⁹¹ DOCE 1998, L 173/28.

²⁹² Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el gobierno del Canadá respecto a la aplicación de su derecho de la competencia, DOCE 1999, L 175/50.

²⁹³ Acuerdo entre el Gobierno de Japón y la Comunidad europea respecto a la cooperación en materia de prácticas anticompetitivas del 10.7.2003. (http://europa.eu.int/comm/competitio/international/bilateral/japan/inv_fr.pdf).

sobre la aplicación práctica de dichos acuerdos²⁹⁴. La cooperación bilateral puede tener distintas escalas de intensidad que contienen la información mutua sobre nuevos casos, el intercambio de puntos de vista y discusiones comunes en relación con distintos aspectos de casos especiales o de la política de competencia en general, la coordinación de los procedimientos cuando varias autoridades abren una encuesta o la delimitación de los mercados geográficos sobre los cuales las autoridades van a concentrarse. Una *cortesía pasiva* a menudo se conviene, con una cierta reserva en cuanto a la aplicación del derecho nacional de la competencia a casos que tengan su centro de gravedad en el otro Estado. Así, la competencia se cede a las autoridades del país principalmente afectado. A veces, la cortesía pasiva no solo conduce a una delimitación geográfica de los campos de aplicación respectivos, sino que acaba en una repartición general de los distintos aspectos de un caso. Por ejemplo, en el asunto *Microsoft*, las autoridades americanas examinaron la estrategia dudosa de la empresa que pretendía promover su software de navegación *Internet Explorer* en perjuicio del *Netscape Navigator*, mientras que la Comisión europea se concentró en el procedimiento – siempre en curso – sobre los mercados de los *servers* y sobre la integración de softwares multimedia en el sistema de explotación *Windows*. La cooperación llamada cortesía activa es aun más intensiva. En esta última, un Estado puede invitar a otro Estado a tomar medidas en contra de un comportamiento en su territorio, cuando intereses importantes del Estado requirente son vulnerados. Normalmente, el Estado requirente

²⁹⁴ Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of their Competition Laws 1 January 2001 to 31 December 2001, 17–9.2002, COM (2002) 505 final.

suspenderá sus propias actividades de investigación. Resulta una verdadera repartición internacional de las tareas²⁹⁵.

Sin embargo, aun cuando la cooperación bilateral es un primer paso para remediar los peligros de una aplicación simultánea de las diversas legislaciones antitrust, al crear una base idéntica de hechos y al desarrollar una cultura de competencia común, no resuelve los problemas de fondo. Siempre pueden existir decisiones administrativas contradictorias que resulten de la existencia de reglas diferentes o de una apreciación divergente de los hechos. Por ejemplo, en el asunto *General Electric Honeywell*, a pesar de una cooperación bilateral intensiva, las autoridades americanas autorizaron la fusión, mientras que la Comisión europea la prohibió. Eso muestra el potencial y los límites de la cooperación bilateral. Puede conducir a una coordinación de las medidas administrativas, en especial a una ejecución simultánea de las indagaciones, quizá un día aun a la armonización de los calendarios para el control de las concentraciones²⁹⁶. Sin embargo, sin amplias medidas, es imposible atacar las verdaderas causas de los problemas en ese campo.

Cabría citar como ejemplos, entre otros, los acuerdos vigentes desde hace algunos años entre la Comunidad Europea y los EE UU, los EE UU y el Canadá, y el Canadá y la Comunidad Europea. Por lo general, esos acuerdos abarcan, en distintos grados, los dos temas siguientes: i) cooperación en el proceso de aplicación de la legislación; y ii) prevención de las diferencias o modo de resolverlas. Normalmente, contienen disposiciones sobre notificaciones, consultas, prevención de conflictos y formas limitadas de

²⁹⁵ S. Baches Opi y F. Díez Estella, “La aplicación el derecho *antitrust* al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE UU”, *RDM*, nº 260, 2006.

²⁹⁶ X. Ruiz Calzado, “Posición dominante colectiva y control de concentraciones”, *Anuario de competencia*, 1998, pp. 335–354.

asistencia mutua, cuando procede. En la mayoría de los casos, los acuerdos de cooperación existentes a nivel bilateral no prevén el intercambio de información confidencial. En cambio, el intercambio de ese tipo de información se permite en el marco de acuerdos de cooperación más complejos de los que son parte un reducido número de países. Otra característica interesante de algunos acuerdos bilaterales es la “cortesía internacional positiva”. Con arreglo a este concepto, los casos de prácticas anticompetitivas que tienen su origen en un país pero afectan a otro pueden remitirse al organismo encargado de las cuestiones de competencia en el primer país con miras a una acción apropiada. Sólo un reducido número de casos se ha tratado realmente con arreglo a procedimientos de cortesía positiva.

Los acuerdos bilaterales sobre cooperación en la aplicación de la legislación sobre competencia han reportado importantes beneficios a los países participantes: entre ellos, asistencia específica en el proceso de aplicación de la legislación en una serie de casos y beneficios más generales en lo que se refiere al intercambio de perspectivas y conocimientos técnicos. Han constituido también un importante factor que ha contribuido a la prevención de diferencias y a su solución en casos concretos.

Se ha observado que las relaciones de cooperación abarcadas por los acuerdos bilaterales tienden a evolucionar: aunque la cooperación pueda comenzar con un acuerdo relativamente simple, es probable que con el tiempo aumente el nivel de obligación y de beneficio mutuo. La participación en esos acuerdos está circunscrita actualmente a un número bastante reducido de países. En particular, los países en desarrollo siguen en su mayor parte al margen de su ámbito de aplicación.

B) Disposiciones incluidas en acuerdos comerciales bilaterales o regionales

Con respecto a la cooperación a nivel regional, se ha establecido una distinción entre tres tipos de acuerdos de cooperación. En primer lugar, se ha observado que algunos países han estado o están en proceso de establecer un régimen de competencia a nivel regional, como en el caso del COMESA, la CARICOM y el Mercosur. Corresponde a un segundo tipo de acuerdos regionales los acuerdos de libre comercio que contienen disposiciones sobre competencia: por ejemplo, la Unión Europea, el TLCAN, el Acuerdo comercial por el que se estrechan las relaciones comerciales entre Australia y Nueva Zelandia (ANZCERTA) y el Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Costa Rica. Muchos de estos acuerdos tienen por objeto en cierta medida la armonización de los enfoques de la competencia en la región. Un tercer tipo abarca el intercambio de experiencias en relación con la aplicación de un régimen de competencia nacional a nivel regional. A este respecto, se ha hecho referencia a las reuniones celebradas por el APEC y en el marco del TLCAN y el Área de Libre Comercio de las Américas sobre cuestiones de competencia.

C) Acuerdos no vinculantes de carácter multilateral

A nivel multilateral, la cooperación en la esfera de la legislación y la política en materia de competencia ha revestido a menudo la forma de instrumentos y recomendaciones no vinculantes, así como de asesoramiento en materia de políticas, asistencia técnica y elaboración de estudios especializados. La UNCTAD y la OCDE se han mostrado especialmente activas a este respecto. En particular, la UNCTAD se encarga de administrar el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente, de las Naciones Unidas, instrumento no vinculante de cooperación que ha recibido gran atención en el Grupo de Trabajo.

Se ha hecho también referencia en el Grupo de Trabajo a la utilidad de la Recomendación de 1995 del Consejo de la OCDE relativa a la cooperación entre los países miembros en materia de prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional. En la Recomendación se dispone que, cuando los países miembros de la OCDE emprendan actividades de aplicación de la legislación sobre competencia que puedan afectar a importantes intereses de otros países miembros, lo notifiquen a los demás países miembros y celebren consultas, previa petición, sobre esas actividades. Se insta además a los países miembros a que en sus actividades de aplicación tengan en cuenta los intereses nacionales importantes de otros países miembros que puedan verse afectados. Se pide asimismo a los países miembros de la OCDE que cooperen entre sí en la aplicación de la legislación sobre competencia, y se prevé un mecanismo para la solución de diferencias entre los países miembros, si lo solicitan y acuerdan todos los países miembros afectados²⁹⁷.

²⁹⁷ Informe (2000), párrafo 41; y contribución de los EE UU (W/48).

II. Foros donde abordar la problemática de las prácticas restrictivas de la competencia con incidencia en el comercio internacional

1. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo

A) Consideración de la política de competencia

Teniendo en cuenta los efectos perniciosos que las mencionadas prácticas provocan en el comercio internacional, no es de extrañar que a lo largo de los años hayan visto la luz en diversos foros multilaterales varias iniciativas encaminadas a promover la cooperación de las autoridades nacionales a la hora de hacer frente a este tipo de prácticas. Al margen de los trabajos desarrollados en el seno del mismo GATT y más tarde en el seno de la OMC, a los que se dedicará una atención específica más adelante, merece la pena destacar las siguientes iniciativas:

Creada en 1964 como entidad intergubernamental permanente, la UNCTAD es el principal órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la esfera del comercio y el desarrollo. Constituye el elemento central dentro de las Naciones Unidas para el tratamiento integrado de cuestiones del desarrollo y otros asuntos conexos en los sectores del comercio, las finanzas, la tecnología, la inversión y el desarrollo sostenible. La UNCTAD se ocupa, dentro de la Secretaría de las Naciones Unidas, de todas las cuestiones relacionadas con la política de la competencia. Pretende profundizar los conocimientos sobre los aspectos esenciales del derecho y la política de la competencia y su contribución al desarrollo y crear un entorno favorable para el funcionamiento eficiente de los mercados. A fin de llevar a cabo esta labor, la UNCTAD organiza debates intergubernamentales y lleva a cabo actividades de

fomento de la capacidad, asesoramiento en materia de políticas e investigación y análisis del interfaz entre política de la competencia y desarrollo.

El examen voluntario entre homólogos del Derecho y las políticas de competencia se enmarca en el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (el “Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas”), aprobado por la Asamblea General en 1980²⁹⁸. La UNCTAD está encargada de atender los problemas del comercio y el desarrollo internacional, financiación relacionada con el comercio, incluyendo las corrientes financieras y la deuda externa, problemas de países en vías de desarrollo, el comercio internacional de productos básicos, incluidas las negociaciones y los acuerdos cooperativos para mejorar sus estándares y el desarrollo de este sector de productos. Además, tiene a su cargo el mejoramiento de las estructuras del comercio internacional de manufacturas y semi-manufacturas, incluidas las negociaciones de acuerdos de cooperación internacional y preferenciales; el control de las prácticas comerciales restrictivas y proteccionistas; la integración de los países de Europa Oriental en el sistema de comercio internacional; la transferencia y desarrollo de tecnología; las inversiones extranjeras directas que incluyan la capacitación de asesores y servicios de información, destinados a asistir a los países en la elaboración de sus regímenes normativos y jurídicos, generando servicios de apoyo al comercio tales como: aduana, transporte, banca y seguro, telecomunicaciones e información comercial enfocada en los sectores empresariales: informales, micro, pequeño y mediano.

²⁹⁸ <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSet/rbpc10rev20sp.pdf>.

B) Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas de 1980

El Grupo Intergubernamental de Expertos en Política y Derecho de la Competencia se reúne todos los años para estudiar la manera de mejorar la cooperación mundial en la aplicación de la política de la competencia, y aumentar la convergencia mediante el diálogo. El Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas sirve de base para las consultas intergubernamentales. El Grupo Intergubernamental no se ocupa de la elaboración de normas, sino que, más bien, realiza su trabajo mediante debates interactivos, esto es, el examen voluntario entre homólogos de la política y el Derecho de la competencia; mesas redondas sobre temas especializados relacionados con la competencia y exámenes de las actividades de asistencia técnica y fomento de la capacidad. Cuando se alcanza un consenso en relación con las recomendaciones, cada país miembro decide si poner en práctica las recomendaciones y cómo (por ejemplo, según sea el caso, mediante acuerdos unilaterales, bilaterales o multilaterales).

El Código define “prácticas comerciales restrictivas” como los actos o comportamientos de empresas que, mediante un abuso o la adquisición y abuso de una posición dominante de poder de mercado, limitan el acceso a los mercados o restringen la competencia de otro modo, causando o siendo probable que causen efectos adversos en el comercio internacional, particularmente en el de los países en vías de desarrollo, y en el desarrollo económico de dichos países, o los que a través de acuerdos o arreglos formales, informales, escritos o no escritos, entre empresas, tengan el mismo impacto.

Interesa destacar que dentro de los principios generales recogidos en el Código, se establece la necesidad de adoptar medidas apropiadas a nivel nacional, regional e internacional para eliminar o tratar de manera efectiva las prácticas comerciales restrictivas,

incluyendo las de las empresas transnacionales, que afectan adversamente el comercio internacional. Además, el documento establece un conjunto de normas hortatorias en las que se exhorta a las empresas a no realizar prácticas que limiten el acceso a los mercados o restrinjan de otro modo la competencia, mediante prácticas como los acuerdos de fijación de precios, las ofertas colusorias, los acuerdos de reparto de mercados o clientes, la asignación de cuotas de ventas o producción, las negativas de venta concertadas, etc. Asimismo, el Código exhorta a las empresas a abstenerse de otras prácticas como los abusos de posición de dominio, los precios predatorios, las condiciones de venta discriminatorias, etc.

Sin duda, la crítica fácil que puede hacerse al Código es que en virtud de la forma jurídica elegida para su aprobación no tiene carácter obligatorio.

Siendo ello cierto, no hay que desmerecer su significación ya que además de hacer aflorar la importancia de la cuestión en el foro multilateral por excelencia, el de la ONU, tuvo el mérito de constituir durante mucho tiempo la declaración internacional más detallada en materia de prácticas comerciales restrictivas.

Por lo demás, en el marco de los principios establecidos por el Código se han venido celebrando reuniones de expertos en el seno de la UNCTAD, cuyos trabajos han facilitado las iniciativas puestas en marcha en otros foros. No en vano, en la Declaración Ministerial de Singapur de diciembre de 1996, por la que se creó el “Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la competencia” de la OMC, se exhortó al mencionado Grupo de Trabajo a llevar a cabo su labor en cooperación con la UNCTAD.

El Conjunto de las Naciones Unidas de 1980 contiene principios y normas para el control de las prácticas comerciales restrictivas, que adoptan la forma de recomendación a los Estados. Está centrado específicamente en las prácticas comerciales restrictivas que impiden o anulan los beneficios que se derivan del comercio

internacional y, por consiguiente, el desarrollo económico y social, en particular el de los países en desarrollo. Insta a que se adopten medidas a nivel nacional, regional e internacional para eliminar las prácticas comerciales restrictivas que produzcan tales efectos o para hacerles frente con eficacia. Recomienda a los Estados a que, al adoptar esas medidas, tengan en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo. Contiene principios y normas en las que se insta a las empresas, incluidas las empresas transnacionales, a abstenerse de aplicar restricciones horizontales de distinto tipo y del abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado. Contiene además principios y normas dirigidas a los Estados, en particular para que éstos, en el plano nacional o mediante agrupaciones regionales, adopten, mejoren y hagan cumplir con eficacia la legislación adecuada y apliquen procedimientos judiciales y administrativos para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Asimismo, el Conjunto trata de alentar diversas formas de colaboración destinadas a eliminar las prácticas comerciales restrictivas o a ocuparse efectivamente de ellas²⁹⁹.

Sus objetivos son los siguientes:

“1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.

2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo mediante:

- a) La creación, el fomento y la protección de la competencia;
- b) El control de la concentración del capital, o del poder económico,

²⁹⁹ En la comunicación de la UNCTAD al Grupo de Trabajo (documento WT/WGTCP/W/17), puede encontrarse información adicional sobre el Conjunto, incluido sus objetivos, alcance y ámbito de aplicación y disposiciones básicas.

o de ambas cosas;

c) El fomento de las innovaciones.

3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.

4. Eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo.

5. Formular un Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas para su adopción en el plano internacional, y facilitar así la adopción y el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional”.

Está muy generalizada la afirmación de que el objetivo más esencial de la política de competencia es fomentar y mantener en los mercados, cuando sea viable, una rivalidad saludable entre las empresas³⁰⁰. Hay dos maneras principales para lograrlo: en primer lugar, las estructuras anticompetitivas del mercado y las prácticas de las empresas que impidan la competencia pueden abordarse mediante la aplicación de una ley de competencia y/o la utilización de una reglamentación favorable a la competencia, en los casos apropiados; en segundo lugar, cabe atenuar o suprimir las medidas gubernamentales que creen obstáculos innecesarios al comercio y a la competencia.

Además del objetivo general de fomentar una rivalidad saludable en el mercado, se suele considerar a la política de competencia con referencia a objetivos más concretos, que sirven de

³⁰⁰ OCDE y Banco Mundial (1999) y UNCTAD (1995). Los responsables de la política económica reconocen que la competencia puede no ser viable en situaciones de “monopolio natural” (por ejemplo, los mercados que son abastecidos más eficazmente por una sola empresa). En dichos mercados tal vez sea necesario adoptar una reglamentación económica directa de los proveedores monopolísticos.

orientación y a los que se puede hacer referencia, específicamente, cuando se trata de la aplicación de políticas. Los dos objetivos que, al parecer, constituyen principios básicos en la política de competencia en muchas jurisdicciones, en la medida que sirven de orientación a los funcionarios a la hora de aplicar los diversos aspectos de sus leyes y políticas respectivas son: i) la eficiencia económica; y ii) el bienestar del consumidor.³⁰¹ Al enunciar esos objetivos, la política de competencia también puede contribuir al proceso general de desarrollo económico. Además, las leyes y políticas nacionales incluyen algunos otros objetivos que, en diversas circunstancias, pueden afectar la aplicación de dichas leyes y políticas.

C) Ley tipo de defensa de la competencia

El 19 de febrero de 2003 se celebró en Ginebra una reunión especial de un grupo de expertos que presentó una versión revisada de los posibles elementos del proyecto de ley de defensa de la competencia, tal como figuraba en la Parte I del documento “Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo”³⁰², habida cuenta de las observaciones recibidas de los Estados miembros, bien antes de la reunión, bien durante los debates celebrados en la reunión especial de expertos indicada. Las revisiones de la ley tipo de defensa de la competencia, 2003, comprenden sólo los cambios en los comentarios a los posibles elementos de la ley y las modificaciones recién-

³⁰¹ En las deliberaciones del Grupo de Trabajo reiteradamente se han puesto de relieve los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor. WT/WGTCP/M/2, párrafo 7; WT/WGTCP/M/3, párrafo 4. Véase también Banco Mundial y OCDE, *supra*, nota 1 y UNCTAD (1995). Los objetivos de eficiencia y bienestar del consumidor también se subrayan en el Conjunto UNCTAD, Parte A, “Objetivos”.

³⁰² TD/RBP/CONF.5/7.

tes en las legislaciones nacionales. Las sugerencias hechas durante la reunión especial de expertos sobre modificaciones en la estructura y el impulso de la ley tipo requieren discusiones sustantivas y acuerdos sobre los cambios propuestos y, por tanto, no figuran en la presente revisión.

Los objetivos de la Ley son controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

Con posterioridad fue elaborado una nueva versión sobre la base de las observaciones por escrito sobre la Ley Tipo de la recibida de los Estados miembros en 2006 y 2007³⁰³. Dentro de ellas cabe señalar que Puso de relieve las similitudes entre la Ley Tipo³⁰⁴ y la legislación peruana con respecto a varias áreas y también se ha referido a las diferencias entre los enfoques europeo y control de los EE UU. Por su parte, Serbia comentó que la Ley Tipo debía ser considerada como un modelo integral y exitoso al conciliar todas las sugerencias y recomendaciones formuladas por expertos de los países desarrollados y países en transición, así como aquellos países (independientemente de la fase de su desarrollo) en la que el concepto y la conciencia de la necesidad de proteger la competencia está en sus etapas iniciales. Por fin, Hungría sugirió la Ley tipo se revisase en el marco de un proceso dividido en dos etapas: en la primera, las ideas de los Estados miembros de la UNCTAD y las organizaciones pertinentes en relación con la

³⁰³ Constituye una versión revisada de la versión 2004 de la Ley tipo sobre la competencia, (TD/RBP/Conf.5/7/Rev.2, N° de venta 04.II.D.26), específicamente en la parte II, titulada “Proyecto de comentarios de los posibles elementos de una ley de competencia de una o varias leyes tipo”.

³⁰⁴ *Vid.* en texto en http://archive.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf_5d7rev3_sp.pdf.

revisión podrían tenerse en cuenta en la Ley tipo para ofrecer un panorama general de todas las cuestiones que habría que examinar, lo que serviría de inspiración para formular sugerencias finales en relación con lo que podría o no podría ser útil mencionar acerca de las leyes sobre la competencia en la nueva versión revisada de la Ley modelo³⁰⁵.

Con posterioridad el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Competencia, en su décimo período de sesiones (7–9 de julio de 2009), que actuó como reunión preparatoria para la Sexta Revisión de las Naciones Unidas Conferencia, pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara una nueva versión revisada y actualizada de la Ley tipo sobre la competencia, sobre la base de comunicaciones que se recibiesen de los Estados Miembros antes del 30 de mayo de 2010. Además, se pidió a la secretaría rediseñara el formato de la presentación y sus actualizaciones. Según lo indicado por el décimo período de sesiones, la nueva versión de la ley tipo se ha elaborado sobre la base de las observaciones por escrito sobre la Ley Modelo de la recibida de los Estados miembros en el 2001, que eran complementado por una investigación llevada de la secretaría de la UNCTAD con el apoyo de la academia y profesionales³⁰⁶. El diseño de la Ley Modelo de 2010³⁰⁷ se ha hecho más asequible e incorpora los acontecimientos recientes en la legislación, la jurisprudencia y los comentarios se encuentran en cuadros comparativos que indiquen los tipos de leyes o soluciones adoptadas por los países para los diferentes aspectos de la los problemas de competencia. Antes de pro-

³⁰⁵ <http://archive.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=8370&intItemID=1397&lang=3&mode=highlights>.

³⁰⁶ El formato nuevo diseño de la presentación de la Ley Modelo sobre la competencia y sus actualizaciones consta de una copia de la versión 2007 de la Ley tipo (TD/B/RBP/CONF.5/7/Rev.3, número de venta: E.07.II.D.7) combinado con una hoja suelta-colección que presenta el capítulo por capítulo comentarios sobre disposiciones respectivas de la Ley tipo.

³⁰⁷ <http://www.unctad.ch/es/Paginas/MeetingsArchive.aspx?meetingid=17888>.

porcionar una visión general de los enfoques alternativos en la legislación vigente en la forma de un cuadro general país, una introducción a cada capítulo de la Ley tipo resume de una manera sistemática las principales conclusiones que pueden extraerse de los ejemplos de los diferentes países y, en su caso, hace referencia a los trabajos recientes de la Red Internacional de Competencia y el Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

A) Cooperación en materia de prácticas anticompetitivas

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³⁰⁸ ha sido el organismo multilateral líder en política de competencia. A través de sus grupos especializados, integrados por los países miembros, dicho organismo ha propugnado por uniformar metodologías y enfoques en la aplicación de la política de competencia, y ha propiciado la adopción de mejores prácticas en la materia. Asimismo, la OCDE ha promovido la adopción de leyes de competencia entre países que no pertenecen a ella y que le han solicitado asesoría y asistencia técnica. Jugó además un papel destacado y contribuyó de manera decisiva a la adopción de una ley de competencia en México y al establecimiento de la Comisión encargada de su aplicación. En consecuencia, en varios contextos, se constituyeron estructuras de cooperación multilateral.

Para los países industrializados, la OCDE ya adoptó en 1967 una recomendación sobre la cooperación de los Estados miembros

³⁰⁸ J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, op. cit., pp. 83 ss.

en materia de prácticas anticompetitivas³⁰⁹ en las que postula la adopción de formulas de cooperación bilateral para evitar los problemas de conflictos de competencia en el ámbito de la aplicación de las legislaciones *antitrust*.

La OCDE ha promovido un proceso basado en “la notificación, las consultas y el intercambio de información” para que los países ‘puedan tratar de los problemas cuando empiezan a manifestarse y antes de que estallen los conflictos y se disparen los costes’³¹⁰. Las recomendaciones de 25 de septiembre de 1979 y 21 de mayo de 1986 sirvieron de base para centenares de notificaciones, consultas e intercambios de información. También han constituido el marco de diversos acuerdos bilaterales de cooperación entre EE UU y la República Federal de Alemania (1976), EE UU y Australia (1983), EE UU y Canadá (1984) y Francia y la República Federal de Alemania (1984). El preámbulo de la recomendación del Consejo de la OCDE de 1986 destaca “la necesidad de que los países Miembros se ajusten a los principios de Derecho internacional y de la cortesía (*comity*) actuando con moderación y contención (*selfrestrain*) en interés de la cooperación en el ámbito de las prácticas restrictivas”. Este enfoque de la OCDE parece partir de la consideración de que el Derecho internacional público impone límites a la actuación de sus sujetos en el ejercicio de sus competencias legislativas y de ejecución en el ámbito de la represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Estos límites incluyen una pauta de comportamiento, que tiene la naturaleza de regla de cortesía (*comity*) en virtud de la cual los poderes internacionalmente reconocidos deben realizarse con moderación y contención (*selfrestrain*).

³⁰⁹ Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, 5 Oct. 1967.

³¹⁰ OCDE, *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, 1984, pp. 392–393.

Dicha recomendación de 1967 ha sido prorrogada regularmente, la versión actual data de 1995³¹¹. Sobre dicha base, con el apoyo de su Comité de derecho y política de la competencia, la OCDE se ha vuelto uno de los foros más importantes en material de cooperación y de redacción de las reglas básicas comunes en relación con el derecho de la competencia transnacional. Sin embargo, aunque exista un sistema de *Global Forums* para el diálogo con los Estados no miembros de la organización, el efecto persuasivo de dichos mecanismos se reduce en razón del carácter parcial de la OCDE como organización de los países industrializados. Es el caso también para el *Global Forum on Competition*, en el que los temas actuales de la política de la competencia se discuten, en especial con las autoridades nacionales de la competencia³¹².

En el caso de la OCDE las ideas neoinstitucionalistas se reflejan en lo que ese organismo ha denominado la “reforma regulatoria”, estas reformas no tienen como fin regresar a una participación estatal directa en la economía, sino más bien que el gobierno en su papel de regulador propicie –a través de crear reglas claras– el mejor funcionamiento posible de los mercados. El mayor esfuerzo respecto al reconocimiento de la importancia de las instituciones se puede observar en el proceso denominado por la OCDE “reforma regulatoria”. Este proceso se inició hace 15 años, en una primera etapa se compuso únicamente por las llamadas reformas de la primera generación como la privatización, desregulación, liberalización; hoy sin embargo, se reconoce la importancia de las instituciones para la creación de políticas públicas correctas, una de esas políticas públicas es la mejora en la calidad de las regulaciones existentes o bien la creación de nuevas regulaciones. A primera vista, no se nota nada diferente en la forma pero en el

³¹¹ Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, 27 and 28 July 1995 – C(95) 130/FINAL.

³¹² http://www.ocde.org/departament/0,2688,en_2649_34611.

fondo estos procesos si son diferentes porque no sólo tienen como base una economía de mercado sino también el claro establecimiento de las reglas del juego entre las que destacan definición precisa de los derechos de propiedad y disponibilidad de la información necesaria para evitar incertidumbre y alcanzar un buen desempeño económico. Otra serie de importantes propuestas están siendo llevadas a cabo por el BM y se refieren a la mejora en los procesos desarrollados por el Estado con el fin de impulsar el desarrollo de los mercados³¹³.

La reforma regulatoria se utiliza en el enfoque de la OCDE para referirse a los cambios que mejoran la calidad regulatoria, es decir, mejorar el desempeño, el costo o la calidad jurídica de las regulaciones y los correspondientes trámites gubernamentales. La reforma puede significar la revisión de una sola regulación, eliminar y reconstruir un régimen regulatorio en su totalidad, así como sus instituciones, o bien, mejorar el proceso de elaboración de regulaciones y de manejo de la reforma. La desregulación es un derivado de la reforma regulatoria y se refiere a la eliminación total o parcial de la regulación en un sector para mejorar el desempeño económico. En tanto organismos internacionales como la OCDE, han implementado un importante programa de reforma regulatoria que comprende tanto la desregulación de algunos sectores como la mejora en las regulaciones existentes y la simplificación de trámites administrativos. Para llevar a cabo la reforma regulatoria exitosamente, la OCDE señala que los gobiernos deben tomar muchos pasos hacia un programa integrado de reforma para mejorar sus capacidades de corto y largo plazo para usar los poderes regulatorios más efectiva y eficientemente. Por tanto los gobiernos deben adoptar una política de reforma regulatoria en los más altos

³¹³ *The OCDE Report on Regulatory Reform 1997 y OCDE Review of Regulatory Reform 1999* (incluye a EE UU, Japón, Holanda y México). Del BM, Burki y Perry, op. cit. y *el Estado en un Mundo Cambiante*, Nueva York, Oxford University Press, 1997.

niveles políticos para organizar y manejar los esfuerzos de reforma a través de la administración. Es muy importante que esta política sea aprobada por el actual gobierno para asegurar que sus objetivos sean consistentes con las prioridades políticas actuales. La política debe establecer estándares de calidad y criterios de decisión para determinar si la acción del gobierno es requerida y si alguna regulación propuesta es aceptable. Construir capacidades para la administración central y vigilar la implementación de las políticas de reforma regulatoria. Todos los países de la OCDE han creado algunos cuerpos, los cuales tienden a ser más efectivos si son independientes, pueden iniciar la reforma y estar localizados cerca del gobierno central.

El Consejo de la OCDE aprobó ya en 1967 una Recomendación relativa a la Cooperación entre Estados Miembros en materia de Prácticas Anticompetitivas que afectan al Comercio Internacional, la cual ha sido objeto de varias revisiones, la última de las cuales tuvo lugar en julio de 1995 (en adelante, “la Recomendación del Consejo de la OCDE”). En el contexto institucional de la OCDE cabe destacar también la aprobación de unas “Directrices para Empresas Multinacionales” (en adelante, “las Directrices de la OCDE”) en el año 1976, las cuales contienen algunos principios sustantivos en materia de Derecho de la competencia 38 y la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Carteles de 25 de marzo de 1998, la cual exhorta a los Estados Miembros a asegurar que sus leyes prevean sanciones contra los tipos de carteles más perniciosos³¹⁴.

³¹⁴ En este documento se propone asegurar una mayor efectividad de la aplicación de las reglas nacionales de competencia en materia de lucha contra cárteles a través del establecimiento de una cooperación más estrecha entre sus miembros. Esencialmente la propuesta establece: “Los *objetivos* instrumentales para alcanzar este propósito son dos. El primero consiste en la eliminación o reducción de las excepciones legales previstas en los derechos nacionales y por las que se establece la no aplicación de las reglas de compe-

Es necesario destacar que lo manifestado en relación al Código sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la ONU de 1980 resulta igualmente aplicable a las Directrices de la OCDE. Su carácter no obligatorio no ha impedido que hayan contribuido a enriquecer una corriente de *soft law* o “derecho blando” que está alimentando los trabajos emprendidos en otros foros. A este respecto, resulta significativo que tanto la UNCTAD como la OCDE hayan estado presentes en calidad de observadores en las reuniones del “Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la competencia” de la OMC. Además, la Recomendación del Consejo de la OCDE establece mecanismos de cooperación bastante precisos, en virtud de los cuales los Estados Miembros son exhortados a notificarse mutuamente los procedimientos abiertos en materia de Derecho de la competencia que afecten a sus intereses respectivos. El texto exhorta a los Estados Miembros a coordinar sus investigaciones en este tipo de asuntos e incluso a compartir información. Por otra parte, las reuniones de los Estados signatarios de la Recomendación del Consejo de la OCDE se celebran bajo los auspicios del Comité sobre Derecho y Política de la competencia de la OCDE, el cual constituye un valioso foro de debate. Por último, interesa destacar que muchos de los acuerdos bilaterales de cooperación en materia de Derecho de la competen-

tencia a determinados sectores. En segundo lugar se propone eliminar las restricciones legales que niegan a las autoridades de competencia la autorización de suministrar una asistencia efectiva en materia de investigación a las autoridades de competencia de otros países”. Para lograr estos objetivos la Secretaría propuso la adopción de una Recomendación del Consejo invitando a los miembros a revisar las reglas de competencia aplicables a los cárteles con vistas a reducir las mencionadas excepciones legales y a ampliar los poderes de sus autoridades de competencia para prestar asistencia a otras autoridades extranjeras (incluyendo la utilización de sus poderes coercitivos en favor de la autoridad extranjera). La Recomendación invita a los miembros a adoptar acuerdos bilaterales de cooperación y, alternativamente, negociar un acuerdo multilateral en el que se establecerían reglas sustantivas colectivas.

cia han encontrado su fuente de inspiración justamente en la Recomendación del Consejo de la OCDE.

Por lo demás, el Comité de Competencia de la OCDE lleva ya desde hace tiempo ejecutando exámenes inter-pares de política de competencia tanto de países Miembros como no Miembros³¹⁵. Los beneficios de este ejercicio son substancialmente indudables en esta cuestión. En su momento había diferencias importantes entre países en temas de competencia. Dichas diferencias se han reducido en los pasados años, en parte gracias al trabajo del Comité de Competencia. Existe un consenso creciente sobre mejores prácticas en la ejecución de las leyes en materia de competencia y en la aplicación de los principios de política de competencia a los sistemas regulatorios. Los países cooperan ya de forma habitual en áreas tales como cumplimiento de normas anti-cartel y sobre fusiones internacionales.

B) Paquete de Evaluación de Competencia

El Paquete de Evaluación de Competencia de la OCDE ofrece a los legisladores un marco analítico en el que se examina si la legislación plantea problemas de competencia³¹⁶. Aunque la ma-

³¹⁵ Desde principios de los años ochenta, el Comité sobre Ley y Políticas de Competencia (CLP) de la OCDE ha examinado un cierto número de aspectos de la interacción de las políticas de comercio y competencia. Además, también son pertinentes al debate otros proyectos del CLP, a pesar de que no sean sobre “comercio y competencia” ya que muestran cómo las diversas prácticas privadas pueden ayudar o impedir el nuevo ingreso a un mercado y los efectos de las diversas regulaciones del gobierno sobre el ingreso y la competencia (M.A.A. Warner, “Reglas de competencia multilateral: interacción entre políticas comerciales y de competencia”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 56–69, esp. p. 63).

³¹⁶ En 2008, México y la OCDE promovieron un programa dirigido a mejorar la competitividad de la economía mexicana reformando y modificando el marco regulatorio e institucional. El proyecto plurianual tenía como objeti-

yoría de las regulaciones no son problemáticas en términos de competencia, donde existen potenciales restricciones —porque la regulación limita el límite o abanico de proveedores, limita la habilidad de los proveedores para competir, reduce el incentivo de los proveedores para competir y/o limita las elecciones y la información disponibles para los clientes— el proceso de evaluación de competencia ayuda a los reguladores y legisladores a mitigar y evitar dañar la competencia. Hace esto ayudándolos a identificar posibles alternativas que puedan reducir o eliminar problemas de competencia mientras continúa logrando los objetivos deseados. Como primer paso, el método utiliza un conjunto de preguntas de nivel, una “Lista de control de competencia, que indica cuando las leyes o regulaciones propuestas puede tener un potencial importante para hacer daño.

Por ejemplo, una propuesta puede limitar el número o el abanico de proveedores si: a) Garantiza derechos exclusivos a un proveedor para suministrar bienes o servicios; b) Impone un requisito de licencia, permiso o autorización para operar; c) Limita la habilidad de algunos tipos de proveedores para suministrar un bien o servicio; d) Aumenta significativamente el coste de entrada o salida de un proveedor; y/o e) Crea una barrera geográfica para la

vo apoyar mayores niveles de inversión, empleo y crecimiento. La Cooperación para el Fortalecimiento de la Competitividad en México entre México y la OCDE se construye sobre dos pilares: competencia y mejora regulatoria. El pilar de la competencia se centra en aumentar la competencia en mercados de productos. El Estudio Económico de la OCDE de 2008 para México expuso que la falta de competencia era un determinante importante del débil crecimiento. Utilizando el marco del Paquete de Evaluación de Competencia de la OCDE, este proceso identifica regulaciones y políticas que restringen innecesariamente la competencia y desarrolla alternativas para hacer que la regulación esté más a favor de la competencia. El trabajo sobre la competencia se realiza en cooperación con la Comisión Federal de Competencia (CFC) de México y el Ministerio de Economía de México. OCDE (2011), “Estudios económicos de la OCDE”, México 2011, OECD Publishing.[http:// dx. doi. org/10. 1787/9789264115934-es](http://dx.doi.org/10.1787/9789264115934-es).

habilidad de las empresas para suministrar bienes, servicios o capital de mano de obra o de inversión. La mayoría de las propuestas pasan este proceso de examen inicial sin que surja ninguna preocupación sobre la competencia. Donde se identifica una restricción potencial, el mecanismo de evaluación exige un examen más exhaustivo.

Una evaluación de la competencia minuciosa incluye: 1) clara identificación de los objetivos; 2) indicación de regulaciones alternativas que lograrían los objetivos de las políticas; 3) evaluación de los efectos competitivos de cada alternativa; y 4) comparación de las alternativas.

La evaluación de la competencia les ofrece a las autoridades en materia de competencia una valiosa herramienta para estructurar sus esfuerzos de promoción intragubernamental³¹⁷. La técnica ofrece a las autoridades un mecanismo ordenador para el análisis de la legislación existente y propuesta por parte de la misma autoridad. Asimismo, donde la autoridad en materia de competencia aboga con éxito por la inclusión de la evaluación de la competencia como un elemento en el proceso regulatorio, por ejemplo, donde la evaluación de competencia está incorporada en el análisis de impacto regulatorio, los legisladores y los reguladores están obligados a interiorizar y realizar la función de evaluación directamente.

Las evaluaciones de la competencia se pueden dirigir tanto de forma prospectiva, para nueva legislación propuesta, como de forma retrospectiva, en relación a la legislación ya en vigor. Es más eficiente para el impacto competitivo de una nueva propuesta legislativa que sea evaluada antes de la promulgación de la nueva ley, para que (idealmente) la propuesta se pueda modificar antes

³¹⁷ S.J. Evenett, "Competition Advocacy: Time For A Rethink?", *loc. cit.*, pp. 495 ss.

de que tenga lugar el potencial impacto anticompetitivo. Sin embargo, resta un ejercicio digno de consideración para dirigir evaluaciones de competencia de la legislación existente, particularmente en sectores donde pueden existir problemas de competencia y donde no se realizó ninguna evaluación cuando se promulgó la legislación en un primer momento.

Resulta muy importante la labor que realiza la OCDE en las llamadas revisiones de pares a los sistemas de competencia de los diversos países miembros, que consiste en un análisis exhaustivo del sistema, incluyendo la legislación, el soporte institucional, las decisiones más importantes y la percepción que tiene la comunidad en general sobre la autoridad de competencia. Este estudio, realizado por el secretariado técnico de la OCDE, se presenta al comité de competencia de este organismo internacional en el que participan las autoridades de competencia de todos los países miembros para su examen y evaluación. Consiste en que dos países miembros seleccionados para el efecto examinan al país en revisión, preguntándole, partiendo del estudio evaluador, sobre los distintos aspectos de la política de competencia. El país examinado debe responder a los cuestionamientos justificando sus respuestas y explicando el porqué de los procedimientos y las decisiones. Posteriormente, el proceso se abre para que todos los países hagan preguntas y cuestionamientos a los cuales hay que dar adecuada respuesta. El procedimiento concluye con sugerencias específicas de cómo mejorar.

C) Promoción de las políticas de competencia entre los países de América Latina y el Caribe

La OCDE ha venido siendo muy activa en la promoción de las políticas de competencia entre los países de América Latina y el Caribe, habiendo establecido en años recientes un acuerdo de colaboración con el Banco Interamericano de Desarrollo con este mismo objetivo. La principal demostración de esta asociación es

el Foro Anual Latinoamericano de la Competencia, en el cual funcionarios de alto nivel de países de la región junto con expertos internacionales, discuten en mesa redonda sobre temas de política de competencia de interés para ellos. Además, cada Foro contempla un examen inter-pares de un país de la región. Hasta la fecha cuatro países han sido examinados: Chile, Perú, Brasil y Argentina, respectivamente.

A nivel regional, pueden mencionarse también las iniciativas del Grupo de Trabajo sobre competencia del “North American Free Trade Agreement” (“NAFTA”) y el Protocolo para la Defensa de la competencia del Mercosur.

3. *International Competition Network (ICN)*

Desde 2001, existe la *International Competition Network* (ICN), que es una red informal de las autoridades de la competencia en el mundo, abierta a la participación de otros actores de este sector³¹⁸. La finalidad es de adoptar recomendaciones prácticas y de reforzar así la convergencia de las políticas nacionales de la competencia³¹⁹. La creación de la ICN resulta de una iniciativa americana. El *International Competitive Policy Advisory Committee* (ICPAC), creado por el ministerio de justicia americano, había presentado – en febrero de 2000 – un informe elaborado sobre la política internacional de la competencia³²⁰. En dicho informe, la mayoría del comité había optado por un enfoque bilateral, incluido uni- (es decir US-)lateral, pues contra la adopción de reglas pre-

³¹⁸ H.M. Hollman y W.E. Kovacic, “The International Competition Network; Its Past Current and Future Rules”, *Minnesota Journal of International Law*; vol. 20, n° 2, 2011, pp. 274–323; M.–L. Djelic, “International Competition Network”, *Handbook of Transnational Governance: Institutions and Innovations* (T. Hale y D. Held, eds.), Cambridge, Polity, 2011, pp. 80–88..

³¹⁹ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

³²⁰ <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>.

cisas dentro del marco de la OMC. Así, se suponía que la fundación de la ICN iba a ofrecer una alternativa. Aún si no compartimos dicho punto de partida, podemos reconocer los méritos de la iniciativa. La ICN hasta ahora ha organizado dos conferencias (Nápoles 2002 y Mérida/México 2003) en las que un número creciente de representantes de las autoridades nacionales de competencia se reunieron y cambiaron su punto de vista. Así, la ICN de golpe se vuelve un foro importante para el diálogo internacional en materia de política de la competencia, gracias a la implicación de los países en desarrollo que están listos a acoger una legislación en ese campo. Por otro lado, aún cuando el diálogo es detenido, las diferencias del derecho positivo y de su aplicación por las autoridades nacionales, no quedan eliminadas. Persisten los peligros de decisiones divergentes o de separación de los mercados por causa de la pasividad de una autoridad.

La ICN proporciona a las agencias antimonopolio de los países desarrollados y en desarrollo una red especializada para hacer frente a la aplicación práctica de defensa de la competencia y las cuestiones políticas de interés común. Facilita la convergencia procedimental y sustantiva en la lucha contra los monopolios a través de un programa orientado a los resultados y la organización informal, orientado a proyectos. El CIE ofrece lucha contra los monopolios internacionales. Al aumentar la convergencia y la cooperación, el ICN promueve más eficientes y eficaces en todo el mundo las normas antimonopolios. La consistencia en la aplicación de la política y la eliminación de las cargas procesales innecesarios o duplicados se beneficiará a los consumidores y empresas de todo el mundo.

Una de las preocupaciones que dieron origen a esta organización fue la generalización de leyes de competencia a nivel mundial y el problema que puede representar para las empresas internacionales que operan en una multitud de jurisdicciones. Como hemos visto en los Capítulos anteriores hay alrededor de 100 Estados con legislación de competencia y un número importante de

éstas realizan revisión de concentraciones. La falta de uniformidad entre las distintas legislaciones y criterios diferentes, aun para aplicar normas semejantes, puede llevar a una situación en la que los flujos de inversión se pueden ver afectados e inclusive perjudicar el comercio internacional. Por eso la ICN está propugnando por principios generales que sean aceptados por todos los países del mundo, así como por prácticas mejores y lineamientos generales que sirvan de base para que los procedimientos seguidos por los diversos países sean lo más semejantes posible y tan objetivos y transparentes como es deseable.

La ICN está comprometida en promover la competencia a nivel internacional, lo que implica tres aspectos fundamentales:

i) Propiciar en los países una cultura de competencia tal que sirva de sustento y apoyo a la autoridad de competencia, de tal manera que la comunidad en general perciba que las decisiones de la autoridad buscan como propósito el beneficio de todos. Asimismo, que esta cultura permita que las decisiones de la autoridad se entiendan de tal forma que exista una mejor comprensión por parte de la opinión pública en general de lo que hace la autoridad y por qué lo hace.

ii) La autoridad de competencia debe tener la facultad de opinar o hacer recomendaciones sobre programas, proyectos, decretos, reglamentos y leyes, cuando éstos pueden afectar o interferir con la competencia. Asimismo, la autoridad de competencia debe poder participar en la formulación e implementación de las políticas públicas para asegurar que preserven los principios de competencia económica. Finalmente, debe proceder con la mayor transparencia e informar periódicamente al público sobre sus decisiones, sobre sus procedimientos y sobre sus programas de trabajo.

iii) También se ocupa la ICN de apoyar a las distintas autoridades de competencia, especialmente a las de nueva creación o a

las que apenas se están constituyendo, a que se desarrollen en condiciones idóneas: que tengan la estructura adecuada para la realización de sus funciones, que dispongan de la capacidad técnica que les permita cumplir adecuadamente su función, y con el personal profesional entrenado y capacitado para una labor eficiente y oportuna.

III. Acuerdos bilaterales

1. Objetivos y contenido

Respecto a las respuestas bilaterales, hay que señalar que desde la década de los años setenta los trabajos emprendidos en el seno de la ONU, la OCDE y otros foros multilaterales o regionales se han visto complementados por la celebración de numerosos acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación del derecho de competencia, muchos de los cuales nacieron justamente al albor de las directrices aprobadas en los mencionados foros. A este respecto, suelen citarse los acuerdos entre los EE UU y Alemania, Francia y Alemania y Australia y Canadá, los cuales contienen disposiciones similares a las previstas en la Recomendación del Consejo de la OCDE por lo que hace referencia a las notificaciones, intercambio de información, coordinación de actuaciones y consultas.

Más recientemente pueden mencionarse los ejemplos del Acuerdo de Cooperación entre Argentina y Brasil, el “Closer Economic Relations Agreement (CER)” entre Australia y Nueva Zelanda, el cual permite incluso que para ciertos casos los tribunales de una parte puedan actuar en el territorio de la otra parte, lo cual viene facilitado por la similitud de sistemas jurídicos y económicos, y el Acuerdo entre los gobiernos de los EE UU y Canadá.

Tiene un interés especial el Acuerdo entre el gobierno de los EE UU y la Comisión de las Comunidades Europeas de 1991 relativo a la Aplicación de sus Leyes de competencia (en adelante, “el Acuerdo”), el cual es sin duda el ejemplo más significativo de cooperación bilateral en la aplicación del Derecho de la competencia, tanto en virtud de la importancia económica de los bloques comerciales implicados como en función de las técnicas de cooperación establecidas. El Acuerdo, cuya finalidad es “promover la

cooperación y coordinación y reducir la posibilidad o impacto de las diferencias entre las partes en la aplicación de sus leyes de competencia,” consta de 11 artículos en los que se establecen fundamentalmente obligaciones de notificación, intercambio de información, cooperación y coordinación de actividades y consultas.

Obedeciendo al mencionado objetivo, en su art. II el Acuerdo establece que cada parte notificará a la otra aquellos procedimientos o investigaciones en materia de competencia que puedan afectar “intereses importantes” de la otra parte y detalla ejemplos concretos del tipo de prácticas que habrán de ser notificadas, y en algunos supuestos incluso los plazos en que habrán de hacerse las notificaciones. Asimismo, al objeto de facilitar la aplicación efectiva de sus normativas respectivas y promover el entendimiento de las teorías que las inspiran, las partes acuerdan reunirse al menos dos veces al año para intercambiarse información sobre sectores económicos y discutir asuntos de interés común. Cada parte se compromete a facilitar a la otra la información que le pueda solicitar en relación a un asunto concreto, salvo la información que tenga carácter confidencial.

Además de establecer una obligación de asistencia mutua y de coordinación de las investigaciones respectivas, el Acuerdo prevé específicamente la posibilidad de que una de las partes pueda solicitar la cooperación de las autoridades de la otra parte en relación a prácticas restrictivas llevadas a cabo en el territorio de la primera que afectan adversamente los intereses de la segunda.

Concretamente, las autoridades de la primera pueden solicitar a las autoridades de la segunda la apertura de una investigación. Con ello se intentan establecer mecanismos para limitar los efectos de prácticas como los carteles de exportación en terceros mercados, si bien la efectividad de dichos mecanismos es muy limitada, ya que las autoridades de la parte exhortada conservan plena libertad para decidir el inicio o no de una investigación en ejercicio de sus facultades discrecionales. En cualquier caso, la inclu-

sión de dicha posibilidad constituye una novedad relevante respecto de los demás acuerdos de cooperación bilateral, ya que consagra un principio de “cortesía positiva,” en virtud del cual las autoridades de una parte pueden decidir iniciar una investigación por motivos de cortesía y para asegurar la realización del principio de cooperación.

También en la línea marcada por el principio de cooperación que inspira el Acuerdo, se establecen procedimientos para evitar posibles controversias en la aplicación de las leyes de competencia respectivas. En primer lugar, se establece un mecanismo fundamentalmente preventivo, en virtud del cual “cada parte intentará, en todas las fases de sus investigaciones, tener en cuenta los intereses importantes de la otra parte,” para lo cual tomará en consideración un conjunto de principios enumerados *ad exemplum* en el Acuerdo, cuya aplicación puede motivar que las autoridades en cuestión se abstengan de iniciar un procedimiento cuando ello pudiera afectar negativamente a “intereses importantes” de la otra parte. En este punto, el Acuerdo responde a la tradicional doctrina de la cortesía, presente en la mayoría de acuerdos bilaterales. En segundo lugar, se establece un mecanismo de naturaleza reparadora, concretado en un procedimiento de consultas. Así, cada parte se compromete a evacuar consultas con la otra en relación a cualquier asunto relacionada con el Acuerdo con el objetivo de alcanzar “unas conclusiones mutuamente satisfactorias.”

En la línea de los demás acuerdos examinados, este Acuerdo constituye una nueva forma de manifestación del denominado “derecho blando,” y deja bien claro que “nada en este Acuerdo será interpretado de manera inconsistente con las leyes existentes, o como exigiendo un cambio en las leyes de los EE UU de América o las Comunidades Europeas o de sus respectivos Estados o Estados Miembros.”

Lógicamente, un instrumento de estas características presenta muchas limitaciones. No obstante, en la práctica el Acuerdo ha

facilitado en gran medida las investigaciones de las autoridades respectivas en asuntos que afectaban a mercados globales. Tal como ya se ha señalado, el Acuerdo fue utilizado por primera vez en el asunto *Microsoft*, cuyas prácticas en materia de licencias provocaron la apertura simultánea de un procedimiento anti-monopolio en EE UU y de un procedimiento por abuso de posición dominante en la Comunidad³²¹.

El interés del asunto, aparte de constituir un ejemplo paradigmático de cooperación entre las autoridades en materia de competencia de los principales actores del comercio internacional, radica en que se alcanzaron acuerdos similares en ambas jurisdicciones, a pesar de las diferencias conceptuales existentes entre el derecho estadounidense sobre prácticas monopolísticas y el derecho comunitario sobre abuso de posición dominante.

2. Modelos en presencia

Existen varios acuerdos bilaterales (principalmente entre países desarrollados) y recomendaciones de la OCDE donde se prevén diferentes formas de cooperación en esta esfera que permitirían facilitar la ejecución o disminuir los conflictos en los casos que tengan efectos en más de un país. Así pues, los EE UU han concluido acuerdos con Australia, Canadá, Alemania y la Comisión Europea, mientras que Australia también ha concluido un acuerdo de cooperación con Nueva Zelandia y Alemania otro acuerdo con Francia. La República Checa, Hungría, la República Eslovaca y Polonia también han convenido, en sus acuerdos de comercio y cooperación con la Unión Europea, en adoptar y aplicar unas políticas y procedimientos de defensa de la competencia análogos a

³²¹ *Commission européenne*, 24.3.2004, Microsoft, COMP/C-3/37.792: [http:// europa. eu. int/ comm/ competition/ antitrust/ cases/ decisions/ 37792/](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/).

los aplicados por la Comisión Europea, así como en cooperar sobre esa base. Similares disposiciones hay en el acuerdo de libre comercio concertado por la Unión Europea con Suiza, el acuerdo de zona económica europea con Islandia, Noruega y Liechstenstein, y en los acuerdos euromediterráneos concertados con Israel y con Túnez (actualmente se están negociando acuerdos euromediterráneos con otros países).

El acuerdo NAFTA contiene medidas similares pero de menor alcance. Con diferentes variaciones (según cada acuerdo) esos acuerdos comprenden en general las siguientes disposiciones: notificaciones de las actividades de aplicación; compromisos de tomar en cuenta los intereses importantes de la otra parte cuando se investigan las prácticas comerciales restrictivas o se aplican medidas correctivas de tales prácticas (“cortesía negativa”); consultas para resolver los conflictos entre las leyes, políticas e intereses nacionales respectivos; procedimientos voluntarios para el intercambio de información no confidencial respecto de las prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos sustanciales sobre el comercio de la otra parte; asistencia administrativa y judicial para las investigaciones o la aplicación que lleve a cabo la otra parte; y la coordinación de la acción en ambos países respecto de las prácticas comerciales restrictivas que estén relacionadas con ellos o afecten a los dos. Cabe señalar especialmente los procedimientos de “cortesía positiva” que figuran en el acuerdo de cooperación entre la Unión Europea y los EE UU, y entre el Canadá y los EE UU, según los cuales una parte puede pedir a la otra que adopte medidas contra las prácticas comerciales restrictivas seguidas en el territorio de la otra parte que afecten desfavorablemente a importantes intereses de la primera parte, y la otra parte puede adoptar tales medidas si las considera apropiadas. También puede señalarse a ese respecto que en la Ley estadounidense de asistencia internacional para la ejecución de medidas antitrust de 1994 se concede a los organismos de ejecución federales la facultad de concluir acuerdos de asistencia mutua con los organismos antitrust

o los gobiernos extranjeros para que cada parte pueda en los casos pertinentes prestar asistencia a la otra con el fin de reunir información y compartir la que sea confidencial. La OCDE ha adoptado recientemente una nueva recomendación (en sustitución de una anterior) donde se establecen los principios de la colaboración en esta esfera, que se refieren principalmente a la coordinación de las investigaciones, la comunicación mutua de información, la cortesía positiva y la asistencia mutua en las investigaciones.

IV. Principios rectores de la competencia económica internacional

1. Principios primarios

A) Promoción de la eficiencia económica

La promoción de la eficiencia económica es un principio de la política de competencia indicado expresamente en numerosas, si no en todas las jurisdicciones dotadas de esas políticas³²². De hecho, el concepto de eficiencia tal como se aplica en la ley sobre la competencia tradicionalmente abarca tres aspectos independientes. En primer lugar, la “eficiencia en la asignación de los recursos”, se logra cuando los recursos escasos de una sociedad se asignan a la producción de bienes y servicios más deseados por los consumidores. Esto exige que, desde una perspectiva social, el precio sea igual a los costos marginales de producción y distribución. La “productividad” se alcanza cuando se producen bienes utilizando la combinación más rentable de recursos productivos disponibles con arreglo a la tecnología existente. La “eficiencia dinámica” se obtiene mediante la invención, el desarrollo y la difusión óptima de nuevos productos y procesos productivos³²³.

B) Promoción del bienestar de los consumidores

El bienestar del consumidor es un objetivo que generalmente se considera como una finalidad central de la política de compe-

³²² WT/WGTCP/2, párrafo 22. *Vid.* también Banco Mundial y OCDE (1999); UNCTAD (1995); Graham y Richardson, eds. (1996).

³²³ D. W. Carlton y J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization* 2a, Collins, segunda edición, 1994.

tencia y que en varias de las jurisdicciones más importantes, se utiliza como la guía general principal para la aplicación de la ley sobre la competencia³²⁴. Con arreglo a este enfoque, un criterio fundamental para la aplicación de esa política a acuerdos comerciales determinados consiste en determinar si los acuerdos en cuestión tienen un efecto negativo en los precios aplicados y en la serie de opciones ofrecidas a los consumidores, o sobre ambas cosas a la vez.³²⁵ Incluso en las jurisdicciones en las que la política de competencia persigue también la consecución de otros objetivos económicos y sociales, se reconoce generalmente que la protección del consumidor es una meta importante o incluso central de esa política. Cuando se considere que el bienestar del consumidor es el objetivo principal de la política de competencia, dicho enfoque será diferente del basado en la eficiencia “pura”, en que se ponderará la eficiencia en la medida en que exista una expectativa razonable de que sus beneficios recaigan finalmente en los consumidores y no sean retenidos por los productores³²⁶. De ahí la necesidad de crear un marco legislativo y político adecuado para proteger a los consumidores contra ciertas prácticas anticompetitivas que aumentan los precios y reducen la producción. La elección del bienestar de los consumidores como postulado esencial central para la aplicación de una política de competencia podría evitar el riesgo de controversias internacionales que traen consigo los enfoques de “bienestar general”. La protección del consumidor responde también a un imperativo moral: de no existir un marco

³²⁴ Banco Mundial y OCDE (1999); Graham y Richardson, eds. (1996).

³²⁵ Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los EE UU (1992; revisado en 1997).

³²⁶ P. Crampton, “Alternative Approaches to Competition Law: Consumers' Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals”, *World Competition*, vol. 17, N° 3, 1994, pp. 55–86.

normativo apropiado, los consumidores serían víctimas de actores inescrupulosos que actúan en el mercado³²⁷.

La política de competencia también debe contribuir al proceso de desarrollo económico, para lo cual puede, en particular³²⁸: i) promover una asignación eficiente de los recursos; ii) proteger el bienestar de los consumidores; iii) prevenir/enfrentar los niveles de concentración excesivos y la consiguiente rigidez estructural; iv) enfrentar las prácticas anticompetitivas de las empresas (incluidas las multinacionales) que poseen una dimensión comercial y afectan particularmente a los países en desarrollo; v) aumentar la capacidad de atracción de una economía respecto de la inversión extranjera y apoyar al máximo los beneficios que dicha inversión aporta; vi) ampliar los beneficios de la privatización y de las iniciativas de reforma reglamentaria y desregulación; vii) establecer un centro institucional de coordinación para la promoción de las reformas de política en favor de la competencia y de una cultura de la competencia. El objetivo de promover el desarrollo económico se subraya también en el Conjunto de las Naciones Unidas, uno de cuyos objetivos básicos es “lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberación de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo”³²⁹.

³²⁷ OMC, “Documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”, WT/ WGTCP/W/80, 18 de septiembre de 1998, n° 10. <http://docsonline.wto.org/DDFDdocuments/v/WT/WGTCP/W80.DOC>

³²⁸ *Idem.*

³²⁹ Naciones Unidas (1980), Parte A, “Objetivos”, párrafo 1.

C) Otros objetivos de la política de competencia

En la aplicación de las leyes y políticas de competencia de los Miembros figuran otras metas y objetivos (explícitos e implícitos). Si bien no puede aseverarse que sean comunes a una serie lo bastante amplia de jurisdicciones o sirvan de orientación política de manera suficientemente sistemática para constituir “principios fundamentales” de la política de competencia, resulta claro que esos objetivos pueden ser significativos desde el punto de vista de las autoridades encargadas de su cumplimiento y de las políticas y legislaciones nacionales, por lo que pueden revestir particular importancia según las circunstancias económicas de cada país. Algunos de esos objetivos son los siguientes³³⁰: i) promoción de la equidad y la justicia; ii) promoción de oportunidades para las pequeñas y medianas empresas; iii) integración del mercado; iv) promoción del desarrollo tecnológico y de la producción y el empleo nacional; v) protección del pluralismo económico y político.

2. Principios ordenadores del diseño y la aplicación de la política

La segunda categoría de principios fundamentales de política de competencia que se han individualizado está integrada por principios más operacionales del diseño y la aplicación de la política. Se reitera que la selección de esos principios se basa en que sus efectos van más allá de las normas jurídicas específicas y afectan el diseño o la aplicación de la ley y la política de competencia de manera sistemática, en una amplia categoría de jurisdicciones.

³³⁰ *Vid.* Conjunto de Naciones Unidas (1980); UNCTAD (1995); Graham y Richardson (1998) y Banco Mundial y OCDE (1999).

A) Presunción a favor de los mercados competitivos

Un principio fundamental o premisa que se ha generalizado en la aplicación de la política de competencia es la creencia de que en la mayor parte de las situaciones, el funcionamiento libre de los mercados competitivos, no distorsionados por la intervención estatal, generará resultados económica y socialmente eficaces.³³¹ Aunque tal vez no sea necesario que los mercados sean perfectamente competitivos para lograr esos resultados, deben ser “razonablemente competitivos”. Algunas de las características de los mercados razonablemente competitivos son las siguientes³³²: i) un nivel mínimo de desarrollo económico y una cultura de la calidad y de la competencia; ii) mecanismos de regulación mejorados constantemente, teniendo en cuenta las prácticas y los usos establecidos; iii) libertad de precios y su fijación mediante el libre juego de la competencia (mecanismo de competencia de la oferta y la demanda). Esto supone la presencia de múltiples agentes económicos; iv) supervisión de las estructuras de los mercados y de las prácticas anticompetitivas, incluidos cárteles, acuerdos de convivencia exclusividades y abuso de posiciones dominantes; v) transparencia y lealtad de las transacciones a fin de garantizar una cierta fluidez; vi) libertad de entrada y salida de las mercancías; vii) neutralidad del Estado en sus relaciones con los agentes económicos.

El funcionamiento eficaz de los mercados competitivos puede verse afectado por deficiencias del mercado de diverso tipo, que pueden hacer necesaria la intervención estatal.³³³ Esas deficiencias son, entre otras: i) el problema de los monopolios y de otros com-

³³¹ Banco Mundial y OCDE (1999).

³³² Contribución de Marruecos (WT/WGTCP/W/43).

³³³ J.A. Brander, *Government Policy Toward Business*, Toronto, Butterworths, 1992, capítulo 3.

portamientos y estructuras del mercado que permiten que se ejercite el “poder del mercado”³³⁴; ii) “externalidades”, como la contaminación del medio ambiente; y iii) situaciones en las que los agentes económicos disponen de información asimétrica en relación con las características del producto u otros aspectos de determinadas transacciones. Cada una de ellas puede tener consecuencias para la política de competencia.

La presunción a favor de los mercados abiertos y competitivos presenta algunos aspectos que entrañan consecuencias adicionales para la política de competencia. En primer lugar, destaca la pertinencia de la liberalización del comercio y la inversión y la privatización y la desreglamentación para los objetivos de la política de competencia.³³⁵ En segundo lugar, se señaló el carácter complementario de la relación entre la ley sobre la competencia y la reglamentación favorable a la competencia, así como también se subrayó la importancia de las actividades en defensa de la competencia en relación con los aspectos de la reglamentación que traspasan los límites de lo necesario para dar respuesta a deficiencias concretas de funcionamiento del mercado³³⁶. En tercer lugar, se

³³⁴ El “poder del mercado” es un concepto técnico que se refiere a la capacidad de una empresa (o grupo de empresas que actúan conjuntamente) para mantener en su beneficio precios por encima de los niveles competitivos durante un período de tiempo considerable.

³³⁵ WT/WGTCP/2, párrafos 19 a 31, 72 a 80, y 97 a 111.

³³⁶ El funcionamiento del mercado precisa la garantía por parte del Estado de varios derechos tales como el derecho de propiedad, derecho de libre empresa, libertad para escoger profesión, libertad de asociación y libertad de competencia económica, entre otros. Esta libertad de competencia económica se debe entender como: “.la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela” (cf. A Miranda Londoño, *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del Derecho comparado*, 2ª ed., Bogotá, Colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javegraf, 1997, p. 22).

destaca la importancia de los distintos instrumentos para la evaluación de las posibilidades de ejercer el poder del mercado. Por último, la presunción favorable a la competencia proporciona el fundamento del principio o axioma, según el cual “la política de competencia protege la competencia y no a los competidores”, un principio que orienta la aplicación de las políticas de competencia en varias esferas. Cada uno de esos aspectos se examina detalladamente, más adelante.

B) Fomento de medidas externas e internas de apertura del mercado

La presunción a favor de los mercados competitivos pone de relieve la relación directa que existe entre las medidas de apertura del mercado y las medidas de otra índole para alcanzar los objetivos de la política de competencia. La liberalización del comercio puede tener efectos positivos en la competencia en dos maneras principales: i) puede suprimir los obstáculos impuestos por los gobiernos que afectan directamente a la situación de la competencia en el mercado de bienes y servicios; y ii) en consecuencia, puede resultar más difícil para los agentes del sector privado concertar acuerdos destinados a facilitar el ejercicio del poder del mercado, ampliando el alcance del mercado geográfico correspondiente y potenciando la función de la competencia extranjera.³³⁷ Se ha señalado que la liberalización de la inversión puede producir efectos similares. La privatización y la reforma de la reglamentación también pueden servir para crear las condiciones estructurales necesarias para una competencia saludable. La relación entre política de competencia y reglamentación presenta múltiples aspectos que se examinan en la subsección siguiente.

³³⁷ WT/WGTCP/W/2, párrafo 22.

C) Fomento de la competencia mediante una reglamentación favorable a la competencia y la reforma de la reglamentación

Existen tres esferas principales de interacción entre la política de competencia y la reglamentación económica.

i) La reglamentación puede desempeñar una función favorable a la competencia para abordar situaciones de deficiencias del mercado causadas por la existencia de un monopolio natural³³⁸. La reglamentación puede ser un instrumento más efectivo que la ley de la competencia para hacer frente a dichas situaciones, en la medida que entrañan el requisito de fijación y control de los precios³³⁹.

ii) La reglamentación sectorial puede entrañar restricciones a la entrada de mercancías y/o a la fijación de precios en determinados sectores, no fundadas en consideraciones relacionadas con el funcionamiento deficiente del mercado.

iii) Determinadas formas de reglamentación que pueden considerarse necesarias para responder a determinadas deficiencias del mercado (por ejemplo, normas sobre productos relacionadas con la salud y otras normas de productos y prescripciones reglamentarias), en algunos casos pueden ir más allá de lo necesario para dar respuesta a esas exigencias y, por consiguiente, pueden crear obstáculos innecesarios al comercio y a la competencia. Individualizar prescripciones y reglamentos técnicos “excesivos” contribuye significativamente a fomentar el comercio y la competencia.

³³⁸ WT/WGTCP/M/5, párrafos 18, 22 y 23. Los monopolios naturales son industrias servidas más eficazmente por un solo proveedor.

³³⁹ Carlton y Perloff (1994).

Se apunta a que la política de competencia se centre en el segundo y tercer sector de interacción entre la política de competencia y la reglamentación, por ejemplo mediante actividades de promoción de la competencia elaboradas para fomentar el funcionamiento libre y eficaz de las fuerzas del mercado³⁴⁰.

Las actividades llevadas a cabo recientemente en la OCDE sobre la reforma de la reglamentación se han concretado en la adopción de varias recomendaciones que responden a preocupaciones que reflejan los principios de la política de competencia. En las siete recomendaciones principales se invita a los gobiernos miembros de la OCDE a: i) adoptar, a nivel político, amplios programas de reforma de la reglamentación que establezcan objetivos claros y marcos precisos para su aplicación; ii) reexaminar sistemáticamente las reglamentaciones para velar por que los objetivos perseguidos se sigan cumpliendo con eficiencia y eficacia; iii) garantizar que las reglamentaciones y los procedimientos de reglamentación sean transparentes, no discriminatorios y se apliquen con eficiencia; iv) reexaminar y reforzar, cuando sea necesario, el ámbito de aplicación, la eficacia y la política de competencia y los medios de hacer respetar las obligaciones que entraña, a menos que haya pruebas de que no hay otros medios para servir mejor el interés público general, mediante la eliminación de disparidades sectoriales en la ley sobre la competencia, aplicando estrictamente la ley sobre la competencia cuando el comportamiento colusivo, el abuso de la posición dominante y las fusiones anticompetitivas pongan en peligro la reforma, y proporcionando a las autoridades encargadas de la competencia las facultades y la capacidad para propugnar la reforma; v) reformar las reglamentaciones económicas en todos los sectores para incentivar la competencia y suprimirla, esas reglamentaciones, a menos que la experiencia demuestre claramente que constituyen el mejor medio de servir al interés

³⁴⁰ WT/WGTCP/2, párrafo 109.

público general, incluidos el examen, con carácter prioritario, de los aspectos de la reglamentación económica que limiten la entrada y salida del mercado, la fijación de precios, la producción, las prácticas comerciales normales y distintas formas de organización de la actividad empresarial; vi) suprimir los obstáculos reglamentarios innecesarios al comercio y a la inversión, mejorando la aplicación de los acuerdos internacionales y consolidando los principios internacionales, con inclusión de las normas y principios destinados a liberalizar el comercio y la inversión (como la transparencia, la no discriminación, la evitación de restricciones innecesarias del comercio y el respeto de los principios de la competencia); y vii) determinar los vínculos importantes con otros objetivos de la acción gubernamental y elaborar políticas encaminadas a la consecución de esos objetivos de manera favorable a la reforma.³⁴¹

Las recomendaciones de la OCDE coinciden, en aspectos esenciales, con observaciones formuladas por los Miembros en el Grupo de Trabajo. A este respecto, se comentó ampliamente en el Grupo la importante función que pueden desempeñar las actividades de promoción de la competencia en relación con las políticas en materia de reglamentación y sus repercusiones sobre la competencia y el comercio³⁴². Se informó al Grupo de que dichas actividades habían servido de catalizador para que se adoptaran reformas de los regímenes reglamentarios favorables a la competencia. Además, se formularon varias sugerencias para la realización de nuevas actividades que podrían emprenderse al respecto³⁴³.

³⁴¹ OCDE (1997).

³⁴² WT/WGTCP/M/5, párrafos 19, 23, 25, 26 y 27.

³⁴³ Se apuntó la necesidad urgente de llevar a cabo investigaciones empíricas sobre las consecuencias para el comercio y la competencia de las reglamentaciones innecesarias, mal diseñadas y discriminatorias. Se sugirió también que el Grupo siguiera examinando los medios con los que las disciplinas de la OMC trataban de abordar los efectos en el comercio y la competencia

D) Evaluación de las posibilidades para ejercer el poder de mercado

Un principio analítico básico de la política de competencia pertinente a las cuestiones relativas al marco reglamentario³⁴⁴ y a la aplicación de las leyes sobre la competencia³⁴⁵ es la evaluación de las posibilidades para ejercer el poder de mercado. La expresión “poder de mercado” es un concepto técnico que se refiere a la capacidad de una empresa (o grupo de empresas que actúen conjuntamente) a mantener en su beneficio precios por encima de los niveles competitivos durante un período considerable. Las preocupaciones por la capacidad de las empresas para ejercer el poder de mercado derivan directamente de: i) el esfuerzo para individualizar deficiencias concretas del mercado y ii) los objetivos de la política de competencia relacionados con el fomento de la eficiencia y el bienestar del consumidor. Centrarse expresamente en las posibilidades de ejercicio del poder de mercado es esencial para el análisis de las fusiones y alianzas estratégicas que se llevan a cabo en la mayoría de las jurisdicciones en la que esos acuerdos entran en el ámbito de la política de competencia.³⁴⁶ Por lo general, tam-

de las políticas en materia de reglamentación. Asimismo, se sugirió que el Grupo examinara la posibilidad de elaborar directrices de la OMC para un examen periódico y sistemático de las políticas nacionales en materia de reglamentación a la luz de los principios de la política de competencia. Se indicó que esto ayudaría a mejorar la transparencia y eficacia de las iniciativas de reforma y sería un instrumento útil para promover un acceso más libre a los mercados. WT/WGTCP/M/5, párrafos 20 a 24.

³⁴⁴ Las recomendaciones de la OCDE antes mencionadas indican específicamente que el Gobierno debería “promover la eficiencia y la transición a una situación de competencia efectiva en los casos en que las reglamentaciones económicas sigan siendo necesarias debido al riesgo de abuso del poder de mercado.

³⁴⁵ Banco Mundial y OCDE (1999); Carlton y Perloff (1995); Brander (1992).

³⁴⁶ Banco Mundial y OCDE (1999).

bién ocupa un lugar prominente en el examen de los casos en los que se alegan restricciones anticompetitivas verticales, abuso de la posición dominante o monopolización y otras prácticas. Entre los factores que se vinculan con la capacidad de ejercer el poder de mercado cabe mencionar un alto grado de concentración del mercado, la existencia de obstáculos a la entrada en el mercado y la falta de sustitutos de un producto suministrado por empresas cuyo comportamiento es objeto de examen. Además de la existencia de precios más elevados que los precios competitivos, el ejercicio del poder de mercado puede manifestarse por la disminución de la calidad del servicio o la falta de innovación en el mercado o los mercados correspondientes.³⁴⁷

La delimitación cuidadosa del producto pertinente y los mercados geográficos, es una etapa importante en la evaluación del ámbito para el ejercicio del poder de mercado en la mayoría, si no en la totalidad de los casos relacionados con la legislación en materia de competencia.³⁴⁸ En general, esto supone identificar la serie de sustitutos cercanos de un producto y el alcance del espacio geográfico en el que los consumidores pueden recurrir fácilmente a otros proveedores del producto. En los casos relacionados con la ley de competencia, los mercados geográficos pertinentes pueden ser locales, nacionales o incluso mundiales, según el producto determinado que se examine, la índole de la rivalidad en el suministro del producto y la presencia o ausencia de factores (por ejemplo, costos de transporte, aranceles y otras medidas) que impiden a las importaciones contrarrestar, en el ámbito interno, el ejercicio del poder de mercado.³⁴⁹ Además de la delimitación cuidadosa del mercado pertinente, la evaluación de las posibilidades para el ejercicio del poder de mercado supondrá considerar cuestiones tales

³⁴⁷ Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los EE UU (1992; revisión 1997) y Canadá (1993).

³⁴⁸ Banco Mundial y OCDE (1999); Carlton y Perloff (1999).

³⁴⁹ Banco Mundial y OCDE (1999); véase también WT/WGTCP/M/3.

como los obstáculos a la entrada de otros proveedores, la índole de todo acuerdo de cooperación entre los proveedores y otros factores que pueden limitar la elección del consumidor³⁵⁰.

E) Distinción entre vínculos horizontales y verticales

Un principio básico de la política de competencia que puede ayudar a delimitar las posibilidades para que se ejerza el poder de mercado y que se utiliza en diversos aspectos del análisis de la política de competencia es la distinción entre acuerdos comerciales horizontales y verticales. Se entiende por acuerdos horizontales los acuerdos expresos o tácitos entre empresas que, normalmente, estarían en competencia recíproca en el abastecimiento de productos similares en un determinado mercado. Los acuerdos verticales son acuerdos entre empresas en diferentes etapas de la cadena de producción y comercialización de un producto o productos determinados. Esta distinción es pertinente para la evaluación de los acuerdos entre empresas y de los acuerdos “estructurales”, como son las fusiones y empresas conjuntas.

La importancia de esta distinción estriba en lo siguiente: por su propia naturaleza, es más probable que los acuerdos horizontales tengan un efecto directo y negativo en la competencia (y, potencialmente, en el comercio) que los acuerdos verticales y, por consiguiente, den lugar a que se ejerza el poder de mercado. Éste es el caso, en particular, de los acuerdos horizontales “flagrantes” (por ejemplo, cárteles que fijan precios o reparten mercados entre empresas que, de otro modo, estarían en competencia recíproca). Esos acuerdos no tienen otro propósito que el enriquecimiento de los productores a expensas de los consumidores y entrañan “pérdidas de peso muerto” en excedentes económicos.³⁵¹ En conse-

³⁵⁰ Banco Mundial y OCDE (1999).

³⁵¹ Banco Mundial y OCDE (1999).

cuencia, en algunos países, esos acuerdos son considerados ilegales *per se* (por ejemplo, sin que sea necesaria una investigación minuciosa de sus repercusiones en el mercado o los mercados de que se trate). Hay un acuerdo internacional cada vez mayor en que los cárteles residuales o flagrantes deberían ser objeto de una prohibición más estricta con arreglo a legislación antimonopolio.³⁵² A consecuencia de esto, en 1998, la OCDE adoptó una recomendación que instaba a prohibir estrictamente dichos acuerdos.³⁵³ En el Conjunto de las Naciones Unidas también se señala la importancia de establecer una clara prohibición de los cárteles horizontales.³⁵⁴ Ciertos acuerdos horizontales de otro tipo (por ejemplo, alianzas estratégicas y empresas conjuntas) pueden o no ser perjudiciales para la competencia, según la índole específica de cada acuerdo y de la situación del mercado.

Por otro lado, se reconoce generalmente que las restricciones verticales del mercado (o fusiones verticales), suelen responder a objetivos legítimos, favorables a la competencia y sólo en limitadas circunstancias constituyen una amenaza para ésta. En consecuencia, es importante que esos acuerdos se aprecien caso por caso o utilizando criterios razonables, que tengan en cuenta tanto sus beneficios potenciales como sus costos³⁵⁵.

Un ejemplo ilustrativo se observó en Argentina en el *acuerdo Bingo–Fargo* que consistió en la adquisición de la Compañía de Alimentos Fargo por parte del Grupo Bimbo y se concluyó en 2004. Como estos dos grupos producían y comercializaban panificados industriales en Argentina, se presentó una relación horizontal. En este caso, las partes aportaron varios estudios para defender

³⁵² Banco Mundial y OCDE (1999); véase también OCDE (1997).

³⁵³ OCDE (1998) Recomendación del Consejo sobre medidas eficaces contra los cárteles residuales (C(98)35/Final).

³⁵⁴ Conjunto de las Naciones Unidas (1980), Parte D, párrafo 3.

³⁵⁵ OCDE y Banco Mundial (1999); UNCTAD (1995).

un mercado del producto que incluía el pan artesanal y el pan industrial. Por la gran dimensión del mercado de pan artesanal, la participación de estas empresas era poco significativa en un mercado tan amplio (pan artesanal e industrial). Entre los resultados obtenidos se destacó un estudio econométrico en el que se estimaban las elasticidades de demanda del pan industrial y se concluía, luego de aplicar el *test* del monopolista hipotético, que un incremento de precios no sería rentable para las partes. Sin embargo, la Comisión argentina de competencia concluyó que los resultados de este estudio eran dudosos, ya que la metodología utilizada no consideró variables significativas para modelar la crisis económica del período considerado, ni analizó el ajuste de residuos. Finalmente, por las características de los productos, así como por las decisiones de los consumidores y las correlaciones de precios, se definieron tres mercados relevantes por el lado de la demanda, los cuales se redujeron a dos mercados por el lado de la oferta: el de pan industrial blanco y negro y el mercado de bollería industrial. La amplitud del sistema de distribución llevó a definir el mercado geográfico como nacional.

En cuanto a las participaciones de las empresas involucradas se observó que la participación de Fargo en la producción de pan industrial blanco y negro era de 58%, mientras que la del Grupo Bimbo era de 21% (el IHH crecía de 4.072 a 6.477 puntos). En el mercado de bollería la participación de Fargo era de 47% y la del Grupo Bimbo de 15% (el IHH pasaba de 2.588 a 3.999 puntos).

Se concluyó que la competencia entre las firmas que participan en el mercado se vería fuertemente lesionada por la operación, al absorberse la empresa líder del mercado, Fargo, y resultar en la conformación de una mega empresa, que no enfrentaría competidor vigoroso alguno, por las características del resto de las firmas que actuaban en el mercado. Asimismo, este mercado se caracterizó como un mercado de productos diferenciados. Las marcas más importantes de cada empresa, Bimbo y Fargo, eran la primera y segunda opciones para los consumidores, pero además de la ope-

ración quedaban controladas por el Grupo Bimbo. El aumento de precio de alguna de estas marcas resultaría rentable, ya que un porcentaje importante de los consumidores sería absorbido por la marca que no incrementó su precio. La CNDC consideró también que la existencia de capacidad ociosa de las empresas involucradas (aproximadamente de 50%) configuraba una significativa barrera a la entrada. Esta capacidad posibilitaba responder estratégicamente ante la entrada de un nuevo competidor, e incrementar rápidamente y a bajo costo la producción. Por último, se tomaron en cuenta las ganancias de eficiencia aducidas por las partes; no obstante, éstas se desestimaron porque el entorno poco competitivo y concentrado resultante de la operación no presentaría incentivos para que las empresas involucradas trasladasen las ganancias de eficiencia a los consumidores por medio de menores precios. En este caso, se aprecia de nuevo el mayor peso que la CNDC asigna al excedente del consumidor con respecto al del productor.

F) Protección de la competencia como proceso y no de los diversos competidores

Un principio básico de la política de competencia al que se ha hecho referencia en diversas ocasiones en el Grupo de Trabajo es de que “la política de competencia protege la competencia y no a los competidores”³⁵⁶. El principio indica que, por lo general, la ley de competencia no tiene el cometido de determinar si las empresas participan en un mercado o quedan excluidas de él en la medida en que el proceso de competencia en el mercado no resulte significativamente menoscabado. El trato de las restricciones verticales del mercado proporciona aclaraciones útiles sobre este principio. A este respecto, se ha señalado en el Grupo de Trabajo que, según la situación de hecho y la legislación nacional determinada, podría

³⁵⁶ WT/WGTCP/2, párrafo 26.

sucedier que las limitaciones verticales del mercado por parte de las empresas se considerasen aceptables desde el punto de vista de la política de competencia, incluso cuando resultaran en la exclusión de algunos competidores determinados (extranjeros o nacionales), siempre que el proceso de rivalidad en el mercado no sufriera restricciones considerables.³⁵⁷

3. Principios de diseño y proceso institucional

La tercera categoría importante de principios para la aplicación de la ley y política de la competencia se relaciona con los principios de diseño y proceso institucional. Dichos principios se han puesto de relieve en, entre otros contextos, un trabajo sobre “principios básicos” de política de competencia realizado en la OCDE³⁵⁸, además de las reuniones del Grupo de Trabajo. Algunos de los principios pertinentes son los siguientes:

A) Adhesión a los principios de las garantías procesales debidas

En el Conjunto de las Naciones Unidas se indica que “en el control de las prácticas comerciales restrictivas, los Estados deberían asegurar a las empresas un trato que sea justo, equitativo y no discriminatorio, conforme a los procedimientos legales establecidos”.³⁵⁹ De manera análoga, un trabajo realizado recientemente en la OCDE subraya la importancia que tiene para la aplicación efectiva de la política de competencia la adhesión a los principios, que en algunas jurisdicciones se conocen por las garantías procesales

³⁵⁷ WT/WGTCP/M/3, párrafo 7.

³⁵⁸ OCDE (1999).

³⁵⁹ Conjunto, Parte E, párrafo 3.

debidas o “justicia natural”³⁶⁰. Si bien hay distintas formas de expresar este concepto, por lo general, se refiere a la observancia de procedimientos justos y equitativos en las actuaciones administrativas y judiciales, incluido el derecho a ser escuchado, el derecho de peticionar ante los organismos en materia de competencia y recabar explicaciones por falta de actuación en cuestiones concretas, la posibilidad de revisión judicial de las decisiones administrativas, el derecho de interponer recurso ante los tribunales superiores y cuestiones conexas.³⁶¹ Además, algunos observadores consideran que el derecho de las empresas a presentar peticiones directamente ante los tribunales en los casos en los que se alegue el incumplimiento de la ley sobre la competencia (“acciones privadas”) es un aspecto importante de las garantías procesales debidas. Según se señala en el Conjunto de las Naciones Unidas, otro elemento importante de las garantías procesales debidas, es el trato minucioso y la debida protección a la información confidencial que puede proporcionarse a las autoridades en el marco de las investigaciones.³⁶²

Según algunas formulaciones, los principios de las garantías procesales debidas también exigen que la ley sobre la competencia sea administrada por organismos independientes encargados de su cumplimiento. No obstante, el grado de “independencia” que se considera apropiado puede lograrse de diferente manera en los distintos países. Por ejemplo, algunas jurisdicciones prefieren organismos administrativos de estructura independiente y diferenciada; en otras puede hacerse hincapié en las garantías de no injerencia de los ministros en los procedimientos individuales de apli-

³⁶⁰ Banco Mundial y OCDE (1999). Como se ha señalado, esto se ha puesto de relieve en diversas contribuciones en el Grupo de Trabajo. Véase WT/WGTCP/M/6, párrafo 63.

³⁶¹ Banco Mundial y OCDE (1999).

³⁶² Conjunto, Parte E, párrafo 5.

cación³⁶³. Por último, a juicio de algunos Miembros, la cuestión de la adhesión al principio del “imperio de la ley”, es decir, la primacía de las normas sobre los procedimientos subjetivos de adopción de decisiones en materia de aplicación de política incluso puede ser más esencial³⁶⁴.

B) Coherencia entre las funciones de la política de competencia y la reglamentación económica directa

Un principio de diseño institucional en la esfera de la política de competencia al que se ha hecho referencia en diversas ocasiones en el Grupo de Trabajo es el de aumentar al máximo el alcance y ámbito de esa política en todas las jurisdicciones.³⁶⁵ Esto refleja una opinión de que se gana en coherencia política y efectividad si se utiliza un criterio coherente, en la mayor medida posible, en todas las economías nacionales. Las ventajas de aplicar un criterio amplio de la política de competencia también se señalan en el conjunto de las Naciones Unidas³⁶⁶, y se destaca su importancia en un trabajo recientemente realizado en la OCDE sobre la interrelación entre comercio y política de competencia.³⁶⁷ En el Grupo de Trabajo se ha sugerido que para la optimización del alcance de la política de competencia tal vez sea necesario examinar las excepciones vigentes y las excepciones derivadas de la aplicación de esa política. Además, se sugirió que, en algunos casos, pueden resultar ventajas de los esfuerzos para que sea más explícita la coordinación entre las funciones de la ley sobre la competencia y las políticas de reglamentación específicas por sector³⁶⁸. A este respecto,

³⁶³ Organización Mundial del Comercio (1997).

³⁶⁴ WT/WGTCP/M/6, párrafo 63.

³⁶⁵ *Vid.* OCDE (1997) y OCDE (1999).

³⁶⁶ Naciones Unidas (1980), párrafos del preámbulo.

³⁶⁷ OCDE (1999).

³⁶⁸ Australia y Nueva Zelanda.

también se observó que el grado deseado de coherencia entre política de competencia y reglamentación puede alcanzarse de diferentes maneras en las distintas jurisdicciones. Por lo que a esto se refiere, puede ser un factor de importancia el diálogo permanente entre funcionarios que se ocupan de la competencia³⁶⁹.

C) Adhesión a los principios de no discriminación y transparencia

Un conjunto adicional de principios de diseño institucional³⁷⁰ lo constituyen los principios fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia.³⁷¹ En, en muchos casos, las leyes y políticas de competencia de los Estados ya han incorporado dichos principios en una medida considerable³⁷².

En el caso de los principios de trato nacional y trato de la nación más favorecida es, al parecer, consecuencia de centrar la política de competencia en la protección de la competencia como proceso, más que de cada competidor, cualquiera sea su nacionalidad.

No obstante, en el caso del principio de transparencia, refleja el reconocimiento de que la publicación de las decisiones y directrices administrativas y judiciales, así como otras actividades encaminadas a fomentar la transparencia y el conocimiento del público contribuyen directamente a la efectividad de la ley y la política de competencia.³⁷³ No obstante la importancia intrínseca de

³⁶⁹ WT/WGTCP/M/6, párrafo 73.

³⁷⁰ WT/WGTCP/M/5, párrafo 78 y WT/WGTCP/M/8.

³⁷¹ Para un panorama general de esos principios, véase Principios fundamentales de la OMC de trato nacional, de la nación más favorecida y transparencia (WT/WGTCP/W/114).

³⁷² WT/WGTCP/M/3, párrafo 14.

³⁷³ Observaciones de diversos representantes, recogidas en WT/WGTCP/M/8 (pendiente de publicación).

esos principios, se ha sugerido que tal vez sea necesario formalizar y adaptar su aplicación a la esfera de la ley y política de competencia, como se ha hecho para los sectores de los servicios y de la propiedad intelectual en la Ronda Uruguay³⁷⁴.

D) Cooperación internacional

Otro principio que se afirma en el Conjunto de las Naciones Unidas³⁷⁵, en recomendaciones pertinentes de la OCDE³⁷⁶ y en diversos instrumentos de la OMC³⁷⁷ es el de la cooperación internacional para la aplicación de la ley sobre la competencia.

Dicha cooperación puede adoptar múltiples formas, entre las que cabe mencionar la ayuda en casos concretos de aplicación de leyes sobre la competencia, los contactos officiosos para intercambiar información dada a conocer públicamente sobre técnicas de aplicación, cooperación técnica y formación, así como la revisión por funcionarios de igual categoría y los procedimientos de intercambio de información destinados a facilitar el desarrollo institucional e incrementar la transparencia. La experiencia que se está acumulando de países con experiencia en esta esfera parece confirmar las ventajas de esos diversos enfoques de cooperación para

³⁷⁴ Observaciones de distintos Miembros, recogidas en WT/WGTCP/M/8 (pendiente de publicación).

³⁷⁵ Conjunto de Naciones Unidas, Parte E, párrafos 7, 8 y 9 y Parte F, párrafo 4. Véase también Parte C, párrafo 7), que se refiere a la cuestión del trato preferencial o trato diferenciado para los países en desarrollo.

³⁷⁶ OCDE (1995), Recomendación revisada del Consejo acerca de la cooperación entre los Estados miembros en materia de prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional (C(95)130/Final).

³⁷⁷ En cada uno de los principales acuerdos que integran el Acuerdo sobre la OMC, a saber, el GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC, se establecen procedimientos de consulta y cooperación sobre prácticas anticompetitivas. Esos procedimientos, y sus limitaciones, se examinan en Organización Mundial del Comercio (1997).

facilitar la aplicación efectiva de las leyes y políticas de competencia³⁷⁸.

³⁷⁸ *Vid.* WT/WGTCP/M/8 (pendiente de publicación) y UNCTAD (1999), en donde figura un útil estudio sobre la experiencia en esa esfera.

CAPÍTULO V

REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

I. Alternativas de reglamentación

1. Modelos en presencia

Uno de los elementos inherentes al *common law* se basa en la idea de que la ley más flexible es la más capaz de hacer frente a la globalización de una codificación petrificada. A esto se suma el hecho de que un acuerdo internacional de Derecho de la competencia, estructurado en torno a la evolución de la jurisprudencia, es susceptible de combinar adecuadamente el *civil law* y las tradiciones del *common law* y, por lo tanto, puede facilitar el consenso sobre la reforma de la ordenación de la competitividad internacional. De esta suerte el Derecho internacional consuetudinario puede evolucionar a través de los órganos de solución de controversias que pueden elaborar los principios fundamentales del derecho De la competencia, conforme a la terminología común y de esta manera aumentar la previsibilidad de los diferentes regímenes del Derecho de la competencia.

A la hora de encauzar los trabajos destinados a someter las prácticas restrictivas de la competencia a una normativa multilateral, se han sugerido diversos modelos, los cuales serán objeto de un breve comentario a continuación. Ordenados desde la perspec-

tiva de su decreciente efecto armonizador, tendríamos las siguientes categorías:

A) Derecho uniforme o Ley Modelo

Se trata del modelo más ambicioso y completo, lo cual seguramente explica que sea el menos utilizado en la práctica. Un ejemplo de este modelo lo encontraríamos en el capítulo V de la Carta de la Habana, el cual estaba destinado a crear un Derecho de la competencia uniforme entre los miembros de la non nata Organización Internacional del Comercio. A nivel regional, un claro ejemplo de este modelo lo constituyen los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma y los Reglamentos que los han desarrollado³⁷⁹.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y desarrollo (UNCTAD) ha redactado una Ley Modelo sobre prácticas comerciales restrictivas (PER) (revisada) que constituyen una base apropiada para la discusión en el futuro. El proyecto contiene, entre otras cosas, las definiciones de los conceptos de “empresa”, posición en el mercado “dominante” y “mercado relevante” (art. 1), que prohíbe los cárteles en particular los cárteles de precio / volumen y territorial (art. 3) y prohíbe el abuso de una posición dominante en el mercado, particularmente en la forma de precios predatorios, y la discriminación de las empresas independientes (art. 4). El referido proyecto sería aplicable a “las prácticas comerciales restrictivas que afectan negativamente el comercio nacional o internacióna” y por lo tanto los vínculos con los efectos nacionales y extranjeros. Sobre esta base podría constituirse una ley modelo en el futuro

³⁷⁹ L. Idot, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruselas, Bruylant, 2004.

B) Derecho armonizado

En este modelo, el resultado que se persigue no es tanto el establecimiento de un derecho uniforme como la armonización de las legislaciones nacionales en una determinada materia. A nivel comunitario, el vehículo de expresión de este modelo es obviamente la Directiva. Un buen ejemplo sería la Directiva núm. 89/104 CE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1988 sobre armonización de la legislación de los Estados miembros en materia de marcas.

C) Estándares mínimos

En lugar de perseguir la armonización de las legislaciones nacionales, este modelo se limita a establecer unos estándares mínimos que constituyen el mínimo común denominador que han de cumplir todos los Estados parte. Como ejemplo de este modelo se han citado el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883 y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886. El Convenio de la Unión de París, por ejemplo, prevé, entre otros, el principio de trato nacional y el llamado principio unionista, en virtud del cual se permite ser parte en versiones sucesivas del Convenio al objeto de permitir una cierta flexibilidad y facilitar la asunción progresiva de compromisos. Lógicamente, ello tiene como corolario la ausencia de la cláusula de nación más favorecida. Dentro del marco normativo de la OMC, un buen ejemplo de este modelo lo encontramos en el Acuerdo ADPIC o TRIPS, cuyo principal objetivo es justamente establecer unos estándares mínimos a los que han de ajustarse todos los miembros de la OMC, entre los que se incluyen el principio de trato nacional, el principio de trato de nación más favorecida y el principio de transparencia.

Este es también el modelo al que respondía un proyecto de Código Antitrust presentado por un grupo de profesores alemanes en 1993 con la sugerencia de que formara parte de los “acuerdos plurilaterales” de la OMC. En 1995 un grupo de expertos nombrados por la Comisión presentó un informe que respondía a la misma lógica, en cuyas conclusiones se recomendaba también la incorporación de un “acuerdo plurilateral” sobre competencia al Acuerdo de la OMC.

En el art. 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial se estipula la obligación que tienen los Estados partes en el mismo de establecer medidas de protección de la propiedad industrial contra los actos de competencia desleal. En ese artículo se contemplan de forma concreta los actos de competencia que van en detrimento de las prácticas leales en la industria y el comercio. En el Convenio de París se consideran actos de competencia desleal en relación con la propiedad industrial: A) cualquier acto capaz de crear confusión, por el medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; B) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, que puedan desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; y, C) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, puedan inducir al público a error sobre las características de determinados productos.

La normativa de protección contra la competencia desleal complementa la protección de las invenciones, los diseños industriales, las marcas y las indicaciones geográficas. Reviste particular importancia para la protección de los conocimientos, la tecnología y la información que no son objeto de protección por patente pero que sean necesarios a los fines de la óptima utilización de una invención patentada.

D) Conflicto de leyes

En ausencia de tratados u otros instrumentos que tengan por efecto establecer un derecho uniforme, armonizar las legislaciones nacionales o establecer estándares mínimos, la actuación contra una determinada práctica restrictiva dependerá de lo que establezca el derecho que resulte aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes aplicables a cada supuesto de hecho.

Teniendo en cuenta que los actos contrarios al Derecho de la competencia suelen ser considerados como un supuesto de responsabilidad extracontractual, el nexo entre el acto en cuestión y el derecho nacional aplicable vendrá generalmente determinado por el lugar de realización del acto (*forum delicti commissi*).

Obviamente, cuando el Estado donde se haya producido el acto en cuestión carezca de una legislación de defensa de la competencia, el mencionado comportamiento quedará impune, dejando a salvo los supuestos de aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, de los que encontramos ejemplos tanto por parte de los EE UU como por parte de la Comunidad.

2. Acuerdo detallado o principios rectores

A) Aproximación máxima *Draft International Antitrust Code* (DIAC)

No hace muchos años, un círculo académico alrededor del profesor Wolfgang Fikentscher, de la Universidad de Munich, presentó el proyecto de un código mundial de la competencia, el *Draft International Antitrust Code* (DIAC) el cual, en la literatura, se llama también *Munich Code*. Se trata de la propuesta más ambiciosa en ese campo, a saber: un acuerdo cabal modelado para figurar como acuerdo comercial plurilateral en el sistema de la OMC. Al lado de algunos principios de base, el DIAC contiene reglas

específicas sobre los acuerdos anticompetitivos horizontales y verticales, sobre los abusos de posiciones dominantes, así como sobre el control de las concentraciones cuando dichas prácticas tienen un efecto transfronterizo. Los Estados miembros están obligados a conformar su legislación nacional con las reglas del DIAC. Deben prever sanciones efectivas en caso de violación. La puesta en marcha queda garantizada por una autoridad antitrust internacional (*International Antitrust Authority*, IAA) instaurada en el seno de la OMC. Dicha autoridad internacional vigila las actividades de las autoridades nacionales y puede, en caso dado, quejarse ante los tribunales nacionales – bien sea contra las autoridades nacionales para forzarles a tomar medidas apropiadas, o sea directamente contra las empresas que se sospechan de haber cometido una infracción. Por otro lado, las actividades de la autoridad antitrust internacional son controladas por un grupo especial (*panel*), el *International Antitrust Panel* (IAP), que corresponde en principio a los *panels* previstos por el reglamento de los litigios de la OMC. La única diferencia es que el *International Antitrust Panel* es un órgano permanente integrado por especialistas en materia de política de la competencia.

Los partidarios del modelo de coordinación por contraste proponen un acuerdo de ley antitrust internacional que estipula el establecimiento de una autoridad antitrust internacional y de ciertas (mínimo) normas antitrust. El bien conocido proyecto de coordinación, el DIAC del 27 de julio de 1993 DIAC está concebido para ser un acuerdo antitrust “plurilateral” que se supone encajar en la estructura reguladora del Convenio de Marrakech sobre el establecimiento de la OMC; plurilateral en vez de multilateral, es decir, optativo, forzoso únicamente para los miembros que lo hayan ratificado. El DIAC se basa en cinco principios reguladores:

i) una ley nacional significativa; en el interés de la soberanía del Estado, no proporciona ninguna ley general de aplicación in-

mediata, pero solo una (limitada) “harmonización de las leyes antitrust nacionales desde arriba”;

ii) un tratamiento nacional; respeta las diferencias en la ley antitrust nacional de manera que, por ejemplo, crea privilegios para los carteles de exportación y la discriminación de compañías extranjeras está eliminada en el mercado nacional;

iii) un mínimo de normas; respeta las diferencias en la ley antitrust nacional siempre que quede asegurado un cierto mínimo de protección de competencia;

iv) iniciativas procesales internacionales; proporciona una autoridad antitrust internacional que asegura el cumplimiento con un mínimo de normas de apoyo a los tribunales nacionales e implementa una panel antitrust internacional cuyas decisiones han de ser legalmente forzosas en caso de disputa entre Estados;

v) restricción a situaciones tranfronterizas; se limita a casos internacionales en que más de un signatario quede afectado, bien sea como Estado de acción o Estado de mercado.

Pese a que el código está proyectado como un acuerdo plurilateral GATT/OMC, sus estipulaciones institucionales y la división de poderes en una diversidad de casos ofrecen utilidad para el contexto regional. Una característica primordial del DIAC es el establecimiento de una autoridad internacional antitrust por parte de los miembros del acuerdo. Tiene la facultad de solicitar que se entablen demandas por parte de las autoridades nacionales y contra las autoridades nacionales y particulares. Además, se creó un panel antitrust para la resolución de conflictos para las autoridades nacionales y la autoridad *antitrust*. El DIAC contiene una sección sobre las concentraciones que inicialmente imita el esquema establecido por las normas nacionales modernas, incluido los regla-

mentos de la UE. Existe, de esta suerte, una definición de territorio que establece la autoridad del acuerdo sobre las concentraciones con “una dimensión internacional” (art. 9). Para dichas concentraciones, se exige la notificación a cada parte nacional afectada así como la notificación a la autoridad internacional. Se requiere la suspensión de la concentración pendiente de la determinación que estará terminada en seis meses.

El DIAC, si bien crea una dimensión territorial no establece un procedimiento de foro único sino que establece una autoridad central que no participa hasta que las autoridades nacionales no actúen o no lleguen a un consenso sobre la concentración. A este respecto el acuerdo presenta una alternativa supranacional a los sistemas de cooperación descritos anteriormente así como al sistema de fusión de la UE centralizado. Ahora bien, el DIAC no incluye catálogo alguno de principios legales generales, pero reglas concretas de leyes significativas, es decir: una prohibición inequívoca de los carteles con miras a los llamados carteles de núcleo duro.

B) Aproximación mínima: adopción de ciertos principios y prohibición de ententes injustificables (*hard core cartels*)

El Código de Munich influyó en la discusión científica, pero en el plan político, ha sido entendido como demasiado visionario. De hecho, los Estados del Norte como los del Sur son reacios a ceder competencias a una organización internacional en una materia considerada como parte integrante de la política económica que necesita además la toma de decisiones administrativas individuales de gran alcance. El mejor resumen de los puntos a cuyo examen la mayoría de los Estados están listos a proceder, se encuentra en la Declaración ministerial de Doha de 2001. La conferencia ministerial ordenó al grupo de trabajo en política de la competencia que estudie en especial:

“Los principios fundamentales, incluso la transparencia, la no discriminación y la equidad en el plan del procedimiento, y las disposiciones relativas a los acuerdos injustificables; las modalidades de una cooperación voluntaria; y el apoyo a favor del reforzamiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo, mediante el reforzamiento de las capacidades.”

Así, un enfoque más modesto domina en la actualidad. Si algún día se llegara a un acuerdo, sería probablemente un compilación de principios directores, eventualmente enriquecida con una interdicción de los acuerdos injustificables (*v.gr.*, los acuerdos sobre el precio y la repartición del mercado) y la prescripción de sanciones disuasivas, completada con un llamado a la cooperación bilateral y multilateral y a la asistencia a los países en desarrollo para reforzar la infraestructura competitiva.

El proyecto de un “Código internacional de la competencia”⁶³, o “Código de Munich”, se elaboró en julio de 1993, a iniciativa de un grupo de expertos privados⁶⁴, y sometido posteriormente al director del GATT bajo forma de un “acuerdo comercial plurilateral” susceptible de integrarse al anexo IV del acuerdo OMC. El Código establece un sistema híbrido y original que combina competencias de las autoridades nacionales y obligaciones de derecho internacional público de los Estados resultantes del Código. El Código contiene un cierto número de principios básicos:

i) la elaboración de un conjunto de reglas de fondo mínimas aplicables a las restricciones de la competencia transfronteriza sobreponiéndose a las legislaciones internas: dichas reglas comunes mínimas se fundarían sobre la distinción entre acuerdos *per se* y las de naturaleza vertical que necesitan un enfoque basado en la regla de razón;

ii) la integración de las reglas internacionales en los Derechos nacionales asegurando su aplicación mediante autoridades de competencia y tribunales nacionales independientes: cuando un

Estado se negara transponer las reglas internacionales o en caso de transposición incorrecta, sería condenado por el Panel por violación del derecho internacional público;

iii) la institución de un sistema de reglamento de los litigios de la competencia, un *International Antitrust Panel* al cual uno puede acudir en caso de violación de las obligaciones procedentes del derecho internacional público, bien sea por un Estado miembro, o por la autoridad internacional de la competencia;

iv) la creación de una autoridad internacional de la competencia en cargada de la aplicación de las reglas internacionales y de la supervisión de su aplicación efectiva por las autoridades nacionales: dicha autoridad interviene río arriba, cuando la violación de normas de derecho internacional público, previstas en el Código, no queda sancionada por las autoridades nacionales. En ese caso, la autoridad puede exigir del Estado que actúe contra las prácticas anticompetitivas; puede también quejarse con los tribunales nacionales, según las vías de recurso instituidas en derecho interno. Finalmente, podría optar por la vía multilateral y recurrir al Panel.

Como modelo innovador que merece ser acogido, sin embargo el Código solo se beneficia de una autoridad académica. No obstante, eso no impide de aprobarlo, según creemos, pues se trata del enfoque más creíble y lo más elaborado que merece ser defendido, por lo menos a largo plazo, para instituir un verdadero orden jurídico de la *lex economica*.

Varias razones respaldan dicha afirmación, especialmente con respecto a la concepción básica que sostiene el fundamento del marco internacional del derecho de la competencia. El sistema propuesto por el Código es alentado por una visión global del derecho de la competencia que reconoce, como es el caso en derecho interno, que la protección de la competencia es en sí un valor del comercio internacional que amerita ser defendido. El Código tiene

por meta combatir las prácticas anticompetitivas en el mercado mundial, contrasta netamente con la concepción minimalista. La puesta es enorme: a ejemplo de la concepción interna del derecho de la competencia, la finalidad primordial del derecho internacional de la competencia es la protección de la competencia en sí en el mercado mundial y no la protección de los competidores y de los operadores económicos al facilitar su acceso a los mercados nacionales. La lucha llevada de una manera aislada por cada Estado en contra de las prácticas anticompetitivas cometidas por empresas extranjeras, debe completarse con una acción colectiva de la comunidad de Estados en contra de las restricciones a la competencia en el plan internacional. La cuestión ya no es de medir únicamente los efectos anticompetitivos producidos en el mercado nacional de un Estado dado por las prácticas llevadas a cabo por empresas extranjeras, sino de combatir las restricciones de la competencia en el o los mercados supranacionales, y sus efectos en una competencia mundial. Por otra parte, la coherencia en la aplicación y la interpretación de las normas internacionales de la competencia solo puede lograrse mediante una autoridad única e independiente encargada de dicha misión³⁸⁰. La experiencia ha comprobado que las tentativas de creación de reglas de competencia internacionales quedan sin efecto si no van acompañadas de un procedimiento eficaz de aplicación y de arreglo de las diferencias.

La integración de la dimensión mundial del mercado en el análisis antitrust solo podrá entonces hacerse mediante una autoridad que tenga una estructura y un enfoque mundiales. Tal propuesta tendría el mérito de paliar los conflictos generados por las divergencias de análisis entre autoridades nacionales y regionales de la competencia, las cuales quedan necesariamente condicionadas por

³⁸⁰ P. Nicolaidis, “For a World Competition Authority: The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocs in Internationalizing Competition Policy”, *JWT.*, vol. 30, n° 4, 1996, p. 131, esp. pp. 140–141.

la defensa de sus propios intereses³⁸¹. Finalmente, críticas han sido dirigidas en contra de dicho Código por algunos de sus propios redactores. Se le ha reprochado de comprender objetivos demasiado ambiciosos; también hubiera sido preferible optar por un enfoque más realista, que apuntara a hacer converger progresivamente los Derechos nacionales. Algunas de las normas materiales propuestas (como las en materia de fusión y de restricciones verticales) aún no son objeto de un consenso y, finalmente, la creación de una autoridad internacional de competencia parece ser, teniendo en cuenta el estado actual del derecho positivo, un acta muy arriesgado. Es poco probable que dicha propuesta sea aceptada por los Estados.

3. *Eventualidad de un Código mundial de la competencia: An international antitrust law agreement.*

Cierto es, por un lado, que semejante enfoque modesto resolverá un cierto número de problemas: el principio de la no discriminación (“tratamiento nacional”) hace que todas las empresas gocen del mismo tratamiento. Así, el uso del derecho de la competencia para favorecer a sus propias empresas quedará expresamente prohibido. Mediante el principio de la equidad procesal (*procedural fairness*), las empresas tendrán un derecho de recurso en contra de las decisiones administrativas. Además, la adopción de una interdicción de los acuerdos injustificables creará un consenso mundial de carácter obligatorio en el plan del derecho material de la competencia.

Por otro lado, a pesar de la reserva para tal enfoque, el cual solo se apoya sobre algunos principios básicos, nacen nuevos pro-

³⁸¹ M.N. Ligneul, “Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive”, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 430, 1999, p. 458, esp. p. 461.

blemas. ¿Cuál es, por ejemplo, el futuro de los acuerdos bilaterales en materia de competencia cuando se aplica el principio de la nación más favorecida (PNF)? ¿Será que los cocontratantes quedarán obligados a conceder el mismo grado de cooperación, previsto en el acuerdo bilateral, a todos los demás Miembros de la OMC? Semejante resultado sería desaconsejable para la conclusión de nuevos acuerdos bilaterales, asimismo que para la conservación de los acuerdos existentes. Por consiguiente, si queremos salvar el sistema de los acuerdos bilaterales – y al respecto hemos llegado a una evaluación positiva de dicha forma de cooperación –, es preciso agregar una reserva expresa que excluya el campo de la cooperación bilateral de la aplicación de la cláusula PNF. En definitiva, el enfoque mínimo aporta algunos progresos.

Mientras que, hasta el presente, el Derecho de la competencia queda, a excepción de algunas reglas específicas, excluido del campo de aplicación del Derecho de la OMC, y queda incluido al igual que sujeto a los principios generales. Además, el enfoque modesto tiene la ventaja de ser realista en cuanto a lo factible político. De otro lado, dicha solución deja muchas cuestiones abiertas. Aún el núcleo duro – es decir las prácticas que compartimentan los mercados nacionales – no queda enteramente cubierto. Por ejemplo, los sistemas verticales que impiden que las empresas extranjeras penetren en un mercado nacional, no quedan cubiertos. Lo mismo sucede con los abusos de una posición dominante que apunta a inhibir el acceso al mercado. Por lo tanto, un compromiso debe lograrse. Los abusos patentes de una posición dominante son comparables a los acuerdos injustificables. Es incomprensible que un comportamiento monopolístico sea menos peligroso que los carteles duros. Una empresa en posición dominante puede proceder sola a la explotación de los proveedores o de los usuarios, y a obstaculizar los competidores, mientras que los asociados de un cartel deben ponerse de acuerdo previamente. En razón de lo comparable estructural, el acuerdo de la OMC sobre la competencia debe pues incluir una interdicción de las prácticas monopolís-

ticas abusivas. En cuanto a las restricciones verticales, hace falta un consenso internacional. Por consiguiente, una norma que se contenta con una perspectiva “que se refiere al comercio” (*trade-related*) debería desarrollarse. Dicha norma debe impedir las prácticas verticales que impiden el acceso a un determinado mercado nacional. Finalmente, en materia de de control de la concentración, se encuentra uno en la rama del derecho de la competencia que surgió en último lugar. Ciertamente es que ese campo concentra los mayores problemas prácticos que se refieren a la obligación de notificación, a los calendarios de examen y al peligro de las decisiones administrativas divergentes. Pero una solución común para todos los Miembros de la OMC parece fuera de alcance. Por lo tanto, parece preferible de apartar momentáneamente el control de las fusiones, por lo menos en lo que se refiere a un acuerdo multilateral obligatorio para todos los Miembros³⁸². La misma suerte vale para la cuestión de las acciones privadas. Parece sumamente deseable de completar las sanciones en caso de violación del derecho de la competencia, mediante la posibilidad reconocida a las

³⁸² Concretamente en la UE tres episodios diferentes contribuyeron sucesivamente a generar un cambio de actitudes por parte de los gobiernos y de las empresas privadas en el sentido de aceptar la conveniencia de adoptar una legislación propiamente comunitaria para un control *ex ante* de las fusiones. Uno de ellos fue la jurisprudencia dictada por el TJCE: las decisiones emitidas en los casos de *Continental Can*, en 1973 y de *Philip Morris–Rothmans* en 1987, abrieron la posibilidad al uso de los antiguos arts. 85 y 86 para un control *ex ante* en algunos casos claramente definidos. Estas sentencias provocaron inmediatamente que la Comisión tomara cartas en el asunto, al crearse de hecho una zona gris en términos de facultades jurídicas en un espacio situado entre el ámbito nacional y el de la CE. Por otra parte, el veloz crecimiento de la actividad transnacional de las empresas europeas en los últimos años significó que esta actividad podía estar sujeta a la jurisdicción de países diferentes, creando así una pesadilla para las empresas interesadas y un negocio muy lucrativo para los abogados especializados en competencia. Por esta razón la legislación de la CE en esta área se volvió importante sólo cuando las fusiones comenzaron a desbordar el marco nacional. El tercer factor que hizo que esa legislación fuera políticamente factible fue la convergencia gradual de las legislaciones nacionales en materia de política de competencia.

empresas y a los consumidores afectados, de quejarse ellos mismos en contra de las prácticas anticompetitivas. Así, se lograría una aplicación descentralizada del derecho de la competencia. Sin embargo, en vista de las diferencias enormes entre las legislaciones nacionales relativas a dicha cuestión, y teniendo cuenta de la amplitud de la injerencia en el derecho privado de los Miembros de la OMC, no parece realizable obtener un resultado más concreto que un estímulo general, desprovisto de fuerza obligatoria, a favor de las acciones privadas.

El compromiso propuesto aquí consiste pues en una solución intermediaria situada entre visión y pragmatismo. Pero cualquiera que sea la dirección en que se desarrollarán las negociaciones, es preciso retener dos hipótesis. Primero, un acuerdo modesto en materia de derecho de la competencia en el seno de la OMC, es preferible a la ausencia de un acuerdo. Segundo, el objetivo principal de un derecho de la competencia consiste en traspasar a los consumidores las ventajas de la economía de mercado en la forma más amplia posible. Así, en vista de la presión que las empresas ejercen sobre las decisiones de la OMC, gracias a su alto grado de organización, los Miembros de la OMC deberían crear un contrapeso al adoptar un acuerdo sobre la competencia que reúna los intereses de los consumidores, normalmente más difuso y menos bien organizado. A mediano y largo plazo, por lo menos, un semejante acuerdo beneficia también al conjunto de las empresas.

También se puede agregar que la regulación interactiva reduce el potencial de conflicto político: la afirmación de principios normales de ley antitrust y la cooperación sobre la base de reglas de cortesía positivas y negativas, impiden en primer lugar que empiecen los conflictos; el proceso de arreglo de las disputas conlleva la racionalización y la despolitización de los conflictos. Además, el arreglo de las disputas permite un diálogo constructivo que promocionará la compatibilidad e indirectamente también la convergencia de los distintos sistemas antitrust.

En la terminología de la OMC, los acuerdos comerciales *multilaterales* son los que son perentorios para todos los Miembros de la organización, mientras que los acuerdos llamados *plurilaterales* solo son perentorios para los Miembros que los hayan aceptado. La elección entre el carácter multilateral o plurilateral de un acuerdo determina por consiguiente su extensión. Los autores del *Draft International Antitrust Code* optaron por el carácter plurilateral del acuerdo. A su contenido ambicioso correspondía la renuncia a una validez universal. La moderación en cuanto a la participación hizo posible la redacción de un texto que no toma en cuenta las distintas etapas en las que las naciones se encuentran en materia de derecho de la competencia. Si optamos por un contenido más modesto – como es obviamente el caso actual – nos podemos volver más ambiciosos en cuanto a la tasa de adhesión. Tomando en cuenta el número creciente de Estados que se asignan un derecho de la competencia, el alcance de un acuerdo de la OMC debería ser general. En lo que respecta el cuarto de los Miembros de la OMC, que no dispone aún de una legislación sobre la materia, unas demoras transitorias y una asistencia por parte de los países más experimentados podrían preverse.

La propuesta se hizo de no contentarse con un acuerdo multilateral con contenido más bien modesto, sino de agregar un segundo acuerdo, esta vez plurilateral, que sería más ambicioso y podría contener en especial reglas sobre el control de las concentraciones o sobre la cooperación de las autoridades nacionales (*two-tier approach*) Dicha propuesta desembocaría en un sistema de dos velocidades. Al lado de un acuerdo para todos los Miembros de la OMC, que contendría los principios básicos pero que renunciaría a las obligaciones precisas, habría un segundo acuerdo que solo sería aceptado por los Estados listos para tomar un compromiso más serio. La seducción de dicha propuesta consiste en acumular los dos modelos arriba presentados: el enfoque mínimo se adoptaría mediante un acuerdo multilateral para todos los Miembro de la OMC, el enfoque máximo sería seleccionado mediante un acuerdo

multilateral para un círculo más restringido de Estados. De otro lado, el acuerdo básico corre el peligro de quedarse sin significado si todos los componentes “ambiciosos” quedan reservados al acuerdo plurilateral.

Por otra parte, no parece muy realista que lleguemos, después de décadas de enconadas discusiones sobre la oportunidad y lo factible de un Derecho mundial de la competencia, no solo a uno pero a dos acuerdos. La finalidad que persigue la propuesta de dos acuerdos escalonados, es decir la toma en cuenta de las diferencias en el mundo en materia de Derecho de la competencia, así como el deseo de flexibilidad, es accesible por otros medios mediante, en especial, exenciones, periodos de transición o una asistencia técnica. Por consiguiente, un solo acuerdo multilateral creando una base comuna para el control del comportamiento competitivo en el mundo, debe tomar en consideración. Esto no excluye que un número restringido de Estados se ponga de acuerdo, en un acuerdo plurilateral, sobre cuestiones no cubiertas por el acuerdo multilateral.

Cabe argumentar de la necesidad de establecer un único código del Derecho de la competencia a nivel internacional, debido, fundamentalmente a la globalización de los mercados, y a recientes decisiones divergentes en operaciones de concentración que ponen de manifiesto esta necesidad³⁸³. La incertidumbre generalizada en cuanto a la adopción de un Código mundial de la competencia se refiere también al carácter obligatorio de semejante acuerdo. Algunos están de la opinión que los Estados no deberían verse obligados a una sola aplicación *de iure* y no *de facto* del acuerdo, o – con mayor precisión – que el no respeto a las obligaciones en la práctica, por ejemplo por un acto o una omisión de la autoridad competente, no constituiría una violación del acuerdo.

³⁸³ A. Geiger y W. von Meibom, “Un Derecho de la competencia a nivel mundial como última ratio”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 221, 2002, pp. 34–44.

Según dicha opinión, los Miembros de la OMC quedarían sencillamente obligados de aceptar una legislación conforme. La aplicación de dicha legislación por la administración y los tribunales se vería sustraída a los compromisos tomados. En fin de cuenta, el acuerdo de la OMC no cubriría ni las decisiones individuales, ni las violaciones *de facto*.

Semejante paso es inaceptable. No es compatible ni con el sistema de la OMC, ni con los principios generales de derecho. En cuanto a la OMC, es reconocido que no solo las violaciones *de iure*, pero también las violaciones *de facto* quedan cubiertas por las interdicciones de los acuerdos de la OMC. En cuanto a los principios de derecho en general, una mirada al “derecho en los libros” (*law in the books*) sin tener en cuenta el derecho en la práctica (*law in action*) es en principio erróneo. Si se adopta dicha propuesta, un Estado podría contentarse de redactar un código de la competencia sin hacer el menor esfuerzo para ponerlo en práctica. Sería preferible no tener un acuerdo de la OMC que de adoptar un texto que quedaría como letra muerta y del cual podría mofarse uno a voluntad en la práctica. Cualquiera que sea la amplitud de las obligaciones que se conserva en un acuerdo de la OMC sobre la competencia, este debe constituir los verdaderos compromisos que obligan a los Miembros a una transformación efectiva. Como el fondo de la discusión sobre el enfoque *de iure* o *de facto* se refiere al alcance del arreglo de las diferencias, las correcciones necesarias deben hacerse dentro del marco de dicho acuerdo.

El primer componente es un acuerdo internacional sobre Derecho de la competencia siguiendo el patrón de la Carta de La Habana, que incluye varios importantes principios jurídicos en la protección del libre mercado y que prevé la cooperación de los Estados tratado sobre la base de la *comitas gentium*. El Derecho de la competencia internacional debe ser integrado en el sistema de la OMC de reglamentación: la Carta de La Habana la creación de una organización internacional de comercio (OIC) ya había contenido un capítulo sobre “las prácticas comerciales restricti-

vas”. La falta de una reglamentación de defensa de la competencia internacional, visto desde un punto de vista histórico, implicaba un vacío importante en el régimen de Derecho de los negocios internacionales y, ciertamente, la Ronda de Uruguay reconoció este déficit en el AGCS y los acuerdos ADPIC pero no lo relleno. Por eso un argumento adicional para incorporar esta materia en la OMC reside en la experiencia de la Comunidad Europea y el hecho de que la OMC ya opera una comprensión de esta cuestión en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), que también es adecuado para la solución de los conflictos de competencia. El acuerdo internacional sobre Derecho de la competencia, como todas las otras normas de la OMC, sólo deben dirigirse a los miembros y sólo debe incluir restricciones al comercio internacional. Debe contener un canon de las normas sustantivas orientadas en el contenido de alrededor del DIAC, las recomendaciones de la OCDE y el GATT. Los miembros se obligan, por ejemplo, a la lucha eficaz contra los carteles de una revisión crítica de las exenciones actuales del sector y, en analogía con el art. III GATT, a la igualdad de trato con los actores nacionales.

Más allá de eso, el acuerdo debería poner en práctica la solución de controversias obligatoria subsidiaria a la reparación y las reivindicaciones la base de la ley modelo, sino que debe adaptar las normas del ESD a las exigencias de la ley antimonopolio internacional y debe regular la cooperación autoridad antimonopolio a lo largo del líneas establecidas en el Acuerdo CE–EE UU, que está de acuerdo con los principios generales de cortesía positiva y negativa, sino que debe fomentar la transparencia de los regímenes nacionales de defensa de la competencia y, en aras de la soberanía nacional, renunciar a tener una autoridad de competencia internacional, nacional, autoridades de competencia también puede hacer concesiones a la globalización (materialmente) por medio de la delimitación territorial y la adecuada (de procedimiento) a través de la cooperación con otras autoridades de defensa de la competencia.

II. Principios rectores de la OMC y regulación de las prácticas restrictivas de la competencia

1. Antecedentes

A) La Carta de la Habana

Las relaciones entre el comercio internacional y el Derecho de la competencia datan de 1927, toda vez que la Conferencia Económica internacional de Ginebra, celebrada del 4 al 23 de mayo de 2007 se ocupó de este tema³⁸⁴. La Carta de San Francisco de 1945, constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, tuvo la virtud de servir de instrumento jurídico de base para generar el cambio en la estructura del comercio internacional. La nueva orientación que se quiso dar a éste se encontraba ya recogida en el Preámbulo, cuando hablaba de “favorecer el comercio internacional” o de “recurrir a las instituciones internacionales para favorecer el progreso económico y social de todos los pueblos”. En la misma dirección el art. 55 fijó en su ap. a) que la Organización promovería la elevación de los niveles de vida, pleno empleo y condiciones de progreso y de desarrollo económico y social. Pese a ello, el fenómeno organizativo en este sector ha sido lento en su formación e incompleto en sus resultados, aunque a partir del 1994, tras la creación de la OMC ha adquirido un nuevo impulso.

³⁸⁴ Publication de la SDN n° 1927.II.52 I y II. W. Oualid, *Les ententes industrielles internationales et leurs conséquences sociales – La défense des travailleurs et des consommateurs*, Ginebra, 1926; A. Ham, “International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities”, *CML Rev.*, vol. 30, 1993, pp. 571 ss; N. Ligneul, *L’élaboration d’un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruselas, 2001, pp. 15 ss.

Los datos relevantes de este proceso son en buena medida ya historia, mas su concatenación puede resultar útil para una valoración crítica de la situación actual.

El Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU en su primera sesión de 1946 decidió convocar una Conferencia sobre comercio y empleo cuya misión era que preparar las bases para la creación de una Organización Internacional del Comercio; incluso se elaboró un Tratado constitutivo de la proyectada institución, la denominada Carta de la OIC, pero con poco éxito pues aunque la Carta fue finalmente aprobada en una Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrada en La Habana en marzo de 1948, la ratificación de este instrumento por algunas legislaturas nacionales resultó imposible. La oposición más importante se manifestó en el Congreso de los EE UU, pese a que el Gobierno de este país había desempeñado un papel decisivo en las negociaciones. En 1950, el Gobierno de los EE UU anunció que no pediría al Congreso que ratificara la Carta de La Habana, lo que supuso prácticamente la muerte de la OIC. A pesar de su carácter provisional, el GATT siguió siendo el único instrumento multilateral por el que se rigió el comercio internacional desde 1948 hasta el establecimiento de la OMC en 1995. La intención original era crear una tercera institución que regulara la cooperación económica internacional, añadiéndose a las “instituciones de Bretton Woods”, conocidas actualmente como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. El plan completo, según lo previsto por más de 50 países, era crear una Organización Internacional de Comercio (OIC) como organismo especializado de las Naciones Unidas. El proyecto de Carta de la OIC era ambicioso pues además de establecer disciplinas para el comercio mundial, contenía también normas en materia de empleo, convenios sobre productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios. Ya antes de que la Carta fuera definitivamente aprobada, 23 de los 50 participantes decidieron en 1946 celebrar negociaciones para reducir y consolidar los aranceles

aduaneros. La segunda guerra mundial acababa de terminar y esos países deseaban impulsar rápidamente la liberalización del comercio y empezar a soltar el enorme lastre de las medidas proteccionistas que seguían en vigor desde comienzos del decenio de 1930³⁸⁵.

El tratado constitutivo de la OIC, la cual debía haber constituido uno de los tres ejes de las relaciones económicas internacionales de la posguerra junto al Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, contenía un capítulo titulado “Prácticas Comerciales Restrictivas” (capítulo V), en el que se establecían obligaciones específicas para los Miembros en relación con dicho tipo de prácticas los cuales recogen fundamentalmente normas hortatorias, la Carta de la Habana contenía verdaderas obligaciones jurídicas, cuya violación podía dar lugar a la apertura de un procedimiento al amparo de las normas sobre solución de controversias. Concretamente enumeraba específicamente las seis prácticas siguientes: (a) la fijación de precios, términos o condiciones a observar al tratar con terceros en relación a la compra, venta o arrendamiento de cualquier producto; (b) la exclusión de empresas, o la asignación o división de cualquier mercado territorial o sector de actividad comercial, o la asignación de clientes, o la fijación de cuotas de venta o cuotas de compra; (c) la discriminación contra empresas determinadas; (d) la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción; (e) evitar mediante acuerdo el desarrollo o aplicación de tecnología o invenciones patentadas o no patentadas; y (f) extender la utilización de derechos al amparo de patentes, marcas o derechos de propiedad intelectual concedidos por cualquier Miembro a aspectos que, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, no entran dentro del ámbito de dichas concesiones, o

³⁸⁵ *Vid.* R. Plaisant, “L’Organisation internationale du commerce”, *Rev. gen. dr. int. pub.*, 1950, pp. 161–224.

a productos o condiciones de producción, utilización o venta que del mismo modo no son objeto de dichas concesiones.

Asimismo en su art. 46.1º la Carta estipulaba que “(...) cada miembro tomará las medidas apropiadas y cooperará con la organización (se refiere a la Organización Internacional de Comercio que no llegó a la luz) para impedir aquellas prácticas comerciales, sea por parte de empresas públicas o privadas, que afectando al comercio internacional restrinjan la competencia, limiten el acceso a los mercados o fomenten el control monopolístico, siempre que tales prácticas tengan efectos que dañen la expansión de la producción o el comercio y dificulten el logro de los objetivos”.

De conformidad con el texto reproducido se evidencia con nitidez que los países que debían (con independencia de su nivel de desarrollo) formar la OIC se preocupasen de estas cuestiones³⁸⁶.

B) Decisión de las Partes Contratante del GATT de 1960 sobre Consultas

La frustración del proyecto de crear la OIC provocó que andando el tiempo el GATT acabara llenando el vacío institucional dejado por la OIC y fuera consolidándose como una verdadera Organización Internacional *de facto*. No obstante, a diferencia de la Carta de la Habana, el GATT no contenía obligaciones específicas en relación a las prácticas comerciales restrictivas, dejando a salvo algunas disposiciones sobre monopolios y empresas comerciales del Estado y las cláusulas generales de nación más favorecida (art. I), trato nacional (art. III) y anulación o menoscabo de ventajas comerciales (art. XXIII). En la reunión celebrada por las Partes Contratante del GATT en 1955 debatieron la conveniencia

³⁸⁶ P. Holmes, “Trade, Competition and the WTO”, *Development, trade and the WTO*, The World Bank, 2002.

de incorporar las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la Carta de la Habana (el capítulo V) al GATT y al efecto se creó un grupo de expertos con la finalidad de estudiar las relaciones entre comercio y competencia. A partir de los trabajos de este grupo la materia de la competencia no ha sido objeto de disposiciones normativas de de decisiones de grupos especiales³⁸⁷, ni de consultas notificadas al Secretariado del GATT. Al margen de esta “aproximación maximalista,” los debates dieron lugar a un acuerdo de mínimos que simplemente estableció un procedimiento de consultas, el cual fue aprobado mediante la Decisión de las Partes Contratante de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas³⁸⁸.

En resumen, hasta la Ronda Uruguay las vías de actuación de los Miembros ante una práctica restrictiva de la competencia se limitaban a la posibilidad de solicitar consultas al amparo de la Decisión de las Partes Contratante de 1960, procedimiento que sólo parece haber sido utilizado en tres ocasiones³⁸⁹.

C) Ronda Uruguay (1986–1994)

Los Acuerdos de la Ronda Uruguay dieron un fuerte impulso al reforzamiento de la convergencia, las consultas internacionales y los mecanismos de cooperación en esta esfera. Incrementaron sustancialmente la medida en la que las reglas del sistema de comercio internacional son aplicables a la conducta de las empresas, aunque los gobiernos siguen siendo los destinatarios directos de las reglas comerciales. Las Partes Contratante en los Acuerdos han

³⁸⁷ Cf. T. Flory et E. Canal–Forgues (dir.), *GATT–OMC Recueil des contentieux*, Bruselas, Bruylant, 2001.

³⁸⁸ *IBDD*, supp. n°9 (1960) pp. 28 y 29.

³⁸⁹ B. Hoekman y P.C. Mavroidis, “Competition, Competition Policy and the GATT,” *World Economy*, vol. 17, 1994, pp. 121–150.

asumido el compromiso legalmente vinculante de controlar las limitaciones privadas aplicadas a los intercambios (en esferas tales como los servicios), o de no estimular o apoyar tales limitaciones (en otras esferas tales como las salvaguardias), con el objetivo primordial de mejorar el acceso a los mercados de las empresas de las demás Partes Contratante, o de favorecer de otra manera sus intereses comerciales.

La obligación de celebrar consultas sobre a las prácticas comerciales restrictivas en el comercio internacional se amplió incluyéndose disposiciones significativas en lo referente al examen de los factores relativos a la competencia en la aplicación de medidas comerciales por los gobiernos, tales como medidas anti-dumping o compensatorias de las subvenciones.

A pesar de las diferencias considerables en las diversas leyes y políticas de la competencia, todavía existen semejanzas amplias en sus objetivos, contenido y aplicación (“el terreno común”) que bastan para formar la base sustantiva necesaria que requiere una cooperación más estrecha. Los Acuerdos de la Ronda Uruguay han representado un fuerte impulso hacia el nuevo fortalecimiento de la convergencia y de las consultas y la cooperación internacionales en esta esfera. En un sentido amplio, todas las disposiciones de los Acuerdos influyen en la política de la competencia, puesto que el marco internacional que regula el comercio determina, como es evidente, el alcance de la competencia en los mercados nacionales. Entre las principales características de los Acuerdos figuran las siguientes: i) las reducciones arancelarias; ii) el mayor rigor de las disciplinas existentes en materia de medidas comerciales; iii) las nuevas reglas multilaterales relativas a la agricultura, a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC) y los servicios; y iv) la intervinculación de todos estos acuerdos con el marco institucional de la Organización Mundial del Comercio (OMC) recientemente es-

tablecida, con cargo a un fortalecimiento del mecanismo de solución de diferencias.

Los Acuerdos de la Ronda Uruguay estipulan la realización de nuevas negociaciones. Las disposiciones de estos acuerdos en los que hasta ahora participan un número limitado de países, tales como el Acuerdo sobre adquisiciones de la Administración Pública, no se incluyen aquí. Tampoco se trata aquí de si las disposiciones del Acuerdo GATT 1994 relativas a la anulación o reducción de beneficios afectan a la no aplicación contra prácticas comerciales restrictivas que presuntamente restrinjan el acceso al mercado. Estas disposiciones son un ejemplo importante del reconocimiento general en los Acuerdos en el sentido de que, en una economía mundializada, el acceso a los mercados está afectado no sólo por las políticas comerciales en las fronteras, sino también por las políticas económicas que se refieren sobre todo al mercado interno. En lo que respecta a la política de la competencia en particular, es inevitable que se fortalezcan sus vínculos con las reglas comerciales, en vista de la semejanza entre sus objetivos fundamentales y los de la liberalización del comercio: el mejoramiento del bienestar del consumidor y la eficiencia económica. Las disposiciones relativas a la política de la competencia contenidas en los Acuerdos de la Ronda Uruguay reflejan la idea de que, en una economía cada vez más mundializada, las políticas nacionales de la competencia deben estar complementadas por medidas adoptadas a nivel internacional a fin de proteger y promover la vitalidad de la competencia en el mercado mundial.

Esta ha sido una modificación considerable del principio tradicional, según el cual las autoridades nacionales sólo pueden estar interesadas en los efectos que tengan las prácticas comerciales restrictivas en sus propios mercados (en el caso de la legislación de los EE UU, también en los efectos que tengan sobre las oportunidades de exportación). Con arreglo al GATT de 1994 y al AGCS, por ejemplo, pese a que se imponen a las Partes Contratante obligaciones de adoptar medidas para controlar las empresas estatales

y/o las empresas con derechos exclusivos, con el principal objetivo de mejorar el acceso a los mercados de las empresas de otras Partes Contratante, sin tener en cuenta si los controles de las prácticas comerciales restrictivas podrían ser necesarios en otro caso para aumentar el bienestar del consumidor o la eficiencia –aunque, naturalmente, las medidas encaminadas a mejorar el acceso a los mercados de los proveedores extranjeros beneficiará también muchas veces a los consumidores locales y aumentarán la eficiencia. Más aún, las reglas del sistema comercial internacional se están ampliando cada vez más –y no sólo por acción de los gobiernos– para abarcar los comportamientos de las empresas, si bien es cierto que algunos de ellos, tales como las prácticas de dumping o la discriminación por empresas estatales o empresas con derechos exclusivos, ya estaban comprendidos en el sistema, y a pesar de que los gobiernos siguen siendo los destinatarios directos de las normas comerciales. Entre los principios específicos que parecen reflejarse en mayor o menor grado en algunos de los Acuerdos figuran los siguientes: los gobiernos no deben delegar en las empresas sus poderes de regular su comercio (o sus mercados); en consecuencia, deben controlarse las restricciones privadas del comercio (en algunas esferas), o por lo menos no alentarse ni apoyarse (en otras esferas); a este respecto debe existir transparencia; las Partes Contratante, al aplicar sus leyes y políticas de la competencia en algunas esferas, deben tener en cuenta los intereses comerciales de otras Partes Contratante, en particular con respecto a las empresas de monopolios o derechos exclusivos; se requiere la cooperación internacional para tratar eficazmente, o para eliminar, las prácticas comerciales restrictivas que restringen el comercio internacional; por consiguiente, los gobiernos deben celebrar consultas y cooperar entre sí a fin de atacar los problemas que se plantean en este campo. Las obligaciones en materia de política de la competencia se hallan ahora bien integradas en las normas del sistema comercial internacional. En vista del continuo proceso de mundialización económica, así como de las negociaciones en curso posteriores a la Ronda Uruguay que se hallan en curso, es in-

evitable que las políticas en materia de competencia y comercio se vuelvan aún más estrechamente unidas.

Sin embargo, la medida en que los diversos Acuerdos de la Ronda Uruguay reflejan los principios de la competencia no parece ser completamente uniforme. Los vínculos con algunas cuestiones de competencia se reconocen explícitamente en algunas esferas, pero no parecen haberse tratado otras cuestiones de competencia que pueden surgir en esas esferas, como tampoco parecen tratarse las que pueden surgir en otras diferentes. El ADPIC ha fortalecido los derechos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, pero tal vez sea necesario hacer nuevos esfuerzos para ocuparse de las posibilidades de abusar de esos derechos, así como para aclarar lo que puede considerarse como abuso, tanto dentro como fuera del contexto de acuerdos sobre la concesión de licencias. También puede ser preciso aclarar las importantes cuestiones del agotamiento de derechos (inclusive en relación con las importaciones paralelas), el trato nacional, las restricciones cuantitativas al comercio y la utilización del derecho de propiedad intelectual para facilitar la segmentación del mercado internacional y la discriminación en materia de precios (fuera del contexto de la propiedad intelectual, los Acuerdos de la Ronda Uruguay autorizan el control de la discriminación de precios recurriendo a medidas antidumping).

También puede haber asimetría en la manera como el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio prohíbe que los gobiernos adopten medidas de inversión que sean causa de una distorsión del comercio, pero no trata (contrariamente a otros acuerdos) las prácticas comerciales restrictivas que llevan a cabo las empresas con efectos equivalentes –aunque se pueden hacer nuevos esfuerzos en tal sentido, en vista del compromiso enunciado en el Acuerdo de examinar más adelante si éste debe complementarse con disposiciones en materia de política de la competencia.

No se han abordado por completo en los Acuerdos de la Ronda Uruguay las interrelaciones entre las políticas de la competencia y las políticas de comercio practicadas en países importadores y exportadores, y la forma como las normas y restricciones gubernamentales pueden facilitar las prácticas comerciales restrictivas en un mismo país. Por ejemplo, no se tiene muy presente la manera como la reglamentación oficial del sector de la distribución puede facilitar las exclusiones en las estructuras y prácticas de distribución (si bien es cierto que el AGCS se refiere al mejoramiento del acceso de los países en desarrollo a los canales de distribución y redes de información, sin especificar las medidas que son necesarias con tal objeto). Tampoco se ha tenido debidamente en cuenta la manera en que las medidas comerciales pueden facilitar la colisión entre empresas nacionales, entre exportadores extranjeros, o entre productores nacionales y extranjeros.

A pesar de que si se analiza la Declaración Ministerial de Punta del Este, en virtud de la cual se inició oficialmente la Ronda Uruguay del GATT, se observará que en la agenda de las negociaciones finalmente no figuró específicamente el derecho de competencia, lo cierto es que la importancia de esta materia para la liberalización del comercio internacional se reveló tan evidente en algunos sectores que finalmente se incluyó una obligación de celebrar consultas en materia de prácticas comerciales restrictivas en el ADPIC (art. 40) y en el GATS (art. IX), adoptando lo que podríamos denominar una “aproximación sectorial.”

Los acuerdos comerciales de la Ronda Uruguay en materia de subsidios y dumping han profundizado y precisado los compromisos que existían en el marco del GATT, estableciendo normas virtualmente iguales tanto para los países en desarrollo como para los industrializados (excepto plazos de instrumentación más largos para los primeros). La eliminación de “distorsiones” que entraban la apertura comercial ha sido extendida con criterios similares al comercio de servicios en virtud del acuerdo multilateral correspondiente (*GATS*), y por supuesto, los principios de competencia

se están introduciendo en todos los demás acuerdos sobre comercio de servicios (financieros, telecomunicaciones, etc.) recientemente negociados en la OMC. En este sentido, en lo que se refiere a acceso a mercados tanto de bienes como de servicios, la competencia ha sido introducida con criterios similares para todos los países, independientemente del nivel de desarrollo. Pero siguen siendo notorias las excepciones de dos sectores económicos particularmente relevantes para las exportaciones de los países en desarrollo –agricultura y textiles– donde la apertura comercial es más lenta que para los productos manufacturados.

Los Estados precisan mayor participación en el comercio internacional, requieren una expansión importante de las exportaciones un mayor acceso a la demanda internacional, deben ser competitivos³⁹⁰, como lo señala Herdegen, el actual orden económico mundial está determinado por la transferencia al plano internacional de planteamientos rectores de la economía de mercado, en la que desempeña un papel fundamental la libertad de acción que los Estados dejan a los sujetos económicos individuales para que creen un orden autónomo y desligado de reglamentaciones soberanas, se busca la liberalización del comercio mundial y un intercambio lo más eficiente posible de bienes, servicios y capitales, intereses que ni tienen primacía, ni vigencia absoluta, pues es

³⁹⁰ Entendiéndose competitividad como la capacidad de un productor de: competir favorablemente contra otros productores (nacionales o internacionales); de concurrir favorablemente y vender en el mercado internacional. En igual sentido la economía nacional es competitiva internacionalmente cuando sus productores pueden concurrir favorablemente y exportar al mercado internacional o competir con producción importada en el mercado doméstico. C. Ferrari, “Apertura ALCA y economía andina”, *Revista Javeriana*, Bogotá, vol. 139, junio 2003, p. 31.

la decisión de los Estados sobre sus prioridades político-económicas, la que es parte del orden económico internacional³⁹¹.

Los participantes en las negociaciones de la Ronda Uruguay adoptaron en Ginebra el acta final (15 de diciembre de 1994), por la que se establecía la OMC, que sustituiría, tomándolo para sí, el GATT, instaurándose un nuevo sistema multilateral de comercio, que implica la disposición a cooperar con todos los miembros que acepten las mismas reglas, una vez entrara en vigor el nuevo tratado en enero de 1995, asistiéndose a la liberalización más ambiciosa del comercio internacional, integrándose la agricultura, los servicios, el textil, la propiedad intelectual e industrial. El movimiento GATT-OMC, que fuera iniciado por los países industrializados³⁹², proclama el libre comercio transfronterizo, basado en el principio de la ventaja comparativa y en otros principios de economía de mercado, formulado sobre el principio de la supremacía del multilateralismo, pretende hacer frente a las distorsiones al comercio y dar fluidez al intercambio internacional, mediante un cause normativo con fuerza obligatoria para sus miembros, su finalidad es clara: favorecer el comercio internacional y el crecimiento económico global, aún cuando tal organización sólo tenga carácter multilateral. El sistema se estructura con una normativa flexible, la cual se refuerza con mecanismos y procedimientos para su efectividad jurídica, con un procedimiento de solución de diferencias, en tal sentido, los objetivos y propósitos más relevantes de la OMC, y más específicamente del entendimiento sobre solución de diferencias, son la creación de unas condiciones de mercado que fomenten la actividad económica individual en los mercados nacionales y en el mercado mundial y el establecimiento

³⁹¹ M. Herdegen, *Derecho económico internacional*, Madrid, 2005 (traducción de Laura García Gutiérrez y Katia Fach Gómez) p. 74 y ss.

³⁹² Países que son los mismos que han desconocido en varias ocasiones las pretensiones y principios que proclamaron, cuyo cumplimiento, a sensu contrario, si exigen a otros.

de un sistema multilateral de comercio que sea seguro y previsible³⁹³. Así a pesar de las críticas que puedan hacerse al sistema OMC, no puede desconocerse que un país no Miembro se vería obligado a celebrar múltiples acuerdos bilaterales, en los que, pueden no obtenerse condiciones más favorables, el sistema multilateral les ofrece cierta protección contra acciones unilaterales³⁹⁴ y subjetivas de los países industrializados, el mecanismo de solución de diferencias, ofrece ciertas garantías.

La base fundamental de la ideología OMC, el hilo conductor de su estructura, lo constituye la condición de la nación más favorecida (NMF), dispuesta de forma multilateral desde el art. I del GATT, y el de trato nacional art. III, principios que se irradian en sus demás acuerdos, los que no son más que la expresión en el ámbito internacional de un principio rector del derecho: el de igualdad, cuya consecuencia primaria y última es la no-discriminación, base hacia la asignación óptima de recursos³⁹⁵. Para cumplir sus objetivos se concierta la eliminación de restricciones cuantitativas, medidas antidumping, subvenciones, medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, y en general

³⁹³ Como se menciona en el informe del grupo especial en la diferencia relativa a las Secciones 301–310 de la Ley Comercial de EE UU, que enfrentaban a este país y a la UE.

³⁹⁴ En esta problemática, las empresas pueden eventualmente valerse de la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia de su país de origen, tal como lo ha hecho EE UU, a cuya jurisprudencia se atribuye la doctrina del principio de los efectos, la que se considerada de construcción artificial e ilegítima, limitándose, por ejemplo, mediante la ponderación de intereses

³⁹⁵ Como precedente del principio NMF, se encuentra el principio de reciprocidad en la forma desarrollada por EEUU en las concesiones arancelarias en sus acuerdos bilaterales (década de los 30s y comienzos de la siguiente), el que al celebrar nuevos acuerdos bilaterales, extendía las nuevas concesiones a todos los países con los que había realizado pactos anteriormente, multilateralizando así las concesiones arancelarias. B. Lal Das, *op. cit.*, p. 162.

de todos aquellos mecanismos que distorsionan el comercio, cuya identificación, vigilancia, control, es ciertamente difícil, además aunque las reglas OMC, para un sector de la doctrina, no implican necesariamente reducir la protección, no puede desconocerse su esfuerzo de eliminación de prácticas e instituciones restrictivas, el establecimiento de la libertad en las transacciones mercantiles entre los diferentes países. Normativa OMC que consagra no pocas excepciones con contornos escasamente definidos, permitiendo un amplio margen de maniobra, con las que se puede valer intereses regionales o nacionales y, dar pasó a preferencias proteccionistas, normativa que reconózcasele o niéguesele efecto directo³⁹⁶, cuando se acoge y materializa en el ordenamiento nacional o supranacional, en varias ocasiones, sigue conservando su imprecisión, estando abiertas a interpretaciones que justifiquen el resultado querido, frecuentemente utilizadas para favorecer intereses de grupos económicos³⁹⁷.

³⁹⁶ El reconocimiento de la eficacia directa de un acuerdo internacional implica que ante un conflicto explícito entre las reglas internas y las internacionales, un particular puede impugnar las primeras con base en la obligación del Estado derivada del acuerdo internacional invocado. Puede estar prescrito o prohibido por el propio acuerdo o por la legislación interna, aunque generalmente se deja a la decisión jurisdiccional, se indaga si una disposición es bastante precisa para gozar del mismo. Este criterio es cuestionado, pues se aduce que lo esencial no es la precisión de la regla sino principalmente si la cuestión que se plantea es justificable, eso es, si compete a los tribunales o debería dejarse al legislador, lo que depende esencialmente de la aptitud del órgano correspondiente, por ejemplo, la regulación del comercio internacional, se han reservado predominantemente al legislador, la política exterior ha sido una competencia tradicional del poder ejecutivo y, parcialmente del Parlamento. La eficacia directa del GATT (1947), del Derecho OMC, es generalmente rechazada e infrecuentemente aceptada, excluida *per se* en los miembros regidos por la doctrina dualista. T. Cottier y D. Pluess, “Derecho OMC y Derechos internos: una relación difícil”, *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, Madrid, 2001 (traducción de Loella de la Cruz Iglesias), p. 88.

³⁹⁷ Diversos estudios económicos evidencian el coste de las políticas y medidas proteccionistas de los países industrializados para su población. Los

D) Políticas de competencia en el marco de la OMC

La OMC es la única organización internacional que permite combinar las ventajas de un marco jurídico de reglas y un número amplio de miembros, que incluye a los países en vías de desarrollo³⁹⁸. La política de competencia es un instrumento necesario para garantizar la apertura de los mercados y evitar el riesgo de prácticas anticompetitivas que niegan los beneficios de la liberalización comercial. La estrecha relación entre política comercial y política de competencia sugiere, por tanto, que la OMC es la institución más adecuada para desarrollar un marco multilateral de reglas y principios comunes en materia de competencia. De hecho, en el contexto de una economía globalizada, tiene poco sentido plantearse un acuerdo internacional en materia de comercio que no incluya, igualmente, disciplinas de base en lo que se refiere a la política de inversión y a la política de competencia.

La estrategia del “libre comercio” ha salido victoriosa en el combate actual, de una forma u otra el mundo se ha plegado al establecimiento de políticas comerciales de carácter multilateral lideradas por la OMC. Estas políticas han llegado a un grado de homologación tal en cuanto a aranceles, antidumping, salvaguardas, medidas fitosanitarias, etc; que el único recurso que le queda a las economías nacionales para proteger sus industrias son las políticas que de carácter nacional, han adoptado para regular la com-

lobbies proteccionistas son fuertes, en contraste con la dispersión del sector de la población que paga el coste, por lo que prevalecen los intereses de los primeros. Se precisa un esfuerzo determinado y sistemático en los países industrializados para combatir las presiones proteccionistas, por ejemplo, evaluar el impacto (costes y beneficios) sobre la economía nacional en su conjunto serviría de guía para determinar si un gobierno opta o no por una medida proteccionista, lo que le ayudaría a resistir presiones proteccionistas irracionales. B. Lal Das, *op. cit.*, p. 215 y ss.

³⁹⁸ I. García Bercero, “Comercio y competencia”, *loc. cit.*, p. 39.

petencia doméstica. Este factor, más la mundialización de la economía de la que habló Renato Rugiero el 20 de noviembre de 1995, condicionan la demanda de los neoliberales y los poderosos beneficiarios fundamentales del libre comercio de homologar también las normas en materia de competencia, derribando de esta forma la única barrera que queda frente a ellos.

No obstante haber sido la UNCTAD la pionera en los estudios en materia de competencia a finales de los sesenta³⁹⁹; hay que decir que ya desde la rúbrica de la Carta de La Habana se estableció que sus firmantes tomarían medidas para evitar las prácticas de comercio internacional que pudieran restringir la competencia, imponer barreras al acceso a los mercados o facilitar el control de los monopolios⁴⁰⁰. En 1953 se elaboró un proyecto de convención sobre el control de las prácticas comerciales restrictivas, auspiciado por el Consejo Económico y Social, pero este proyecto no fue aprobado. Posteriormente hubo nuevos intentos de incluir el tema en el GATT en 1960 y en el programa de la Ronda Uruguay, pero en general fueron intentos fallidos. Aunque hay que señalar que en esta última se firmaron acuerdos que contienen algunas disposiciones sobre competencia.

El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, prevé celebraciones paralelas de negociaciones sobre inversiones y sobre política de competencia en lo que se denominó “La Ronda del Milenio”. En el Acuerdo sobre Salvaguardias se prohíbe a los miembros estimular o apoyar, la limitación voluntaria de las exportaciones u otras medidas similares, que puedan tomar tanto las empresas privadas como las del

³⁹⁹ *Vid.* UNCTAD, “Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas”.

⁴⁰⁰ Doc. de distribución reservada TD/B/EX(10)/CRP.1, 2 de marzo de 1995.

estado, aunque en nada los obliga a suprimir estas prácticas. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) establece la celebración de consultas, a petición de sus miembros, para atacar cualquier práctica restrictiva que se manifieste en este sector. En el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), se faculta a sus miembros para controlar las prácticas comerciales restrictivas que se deriven del abuso de los derechos de propiedad intelectual.

No se debe dejar de señalar que existen no pocos acuerdos regionales que también contienen normas sobre competencia. Hay grupos regionales donde la integración ha llegado a estadios altos, como la Unión Europea, donde ya no existe examen antidumping, pues este ha sido sustituido como instrumento de control de las prácticas comerciales, por la política de competencia; el Tratado de Libre Comercio entre EU, México y Canadá (TLC), que establece en su capítulo 15 normas sobre políticas en materia de competencia y prevé consultas para analizar la efectividad de estas normas así como la cooperación entre sus miembros y la OCDE, quien ha recomendado la inclusión de consideraciones sobre políticas de competencia, en su mecanismo de adopción de decisiones sobre políticas comerciales.

La OMC debe contribuir a evitar conflictos entre las legislaciones y jurisdicciones de distintos países en materia de competencia, para ello trata de fomentar una armonización gradual de las legislaciones sobre la competencia. Esto aumentaría las garantías jurídicas de las empresas que operan en jurisdicciones diferentes y al mismo tiempo reduce los costos que supone para estas la observancia de la legislación sobre la competencia. Examina medios para mejorar la eficacia y la coherencia de las políticas nacionales de competencia de diferentes Miembros con los principios neoliberales y del libremercado. Paralelamente, pretende fomentar una mayor cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la competencia, en la medida en que los instrumentos de cooperación permitan superar los obstáculos con que tropieza la

ejecución de las legislaciones a raíz de la internacionalización del comportamiento empresarial.

La OMC estudia la posibilidad de adoptar por consenso algunos principios comunes vinculantes en materia de legislación y procedimientos sobre la competencia. Y determinar si el enfoque de la política de competencia en la OMC debería ser general y aplicarse a todos los sectores (bienes, servicios, empresas públicas) o convendría elaborar enfoques sectoriales.

Según decisión adoptada en la Conferencia Ministerial de la OMC (Singapur, diciembre de 1996) y expresada en el párrafo 20 de la Declaración ministerial, se creó el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia. Las tareas de los grupos de trabajo son analíticas y exploratorias. No negociarán nuevas normas o compromisos. Además existen grupos nacionales y regionales que se han creado para cumplir estas funciones en el marco de sus fronteras.

De forma general, pueden señalarse seis ventajas fundamentales que resultarían de un acuerdo sobre competencia en el marco de la OMC: A) El sistema multilateral de comercio se vería reforzado con la adopción de disciplinas complementarias relativas a la adopción de un régimen doméstico en materia de competencia, sobre la base de principios comunes, así como modalidades de cooperación internacional. B) Un acuerdo multilateral permitiría afirmar la importancia de los principios de transparencia y no discriminación en los regímenes domésticos de competencia. C) El establecimiento de modalidades flexibles de cooperación internacional permitiría asegurar que puedan tenerse en cuenta los intereses de los distintos países que se ven afectados por prácticas anti-competitivas de dimensión internacional. D) Un acuerdo multilateral —basado en la transparencia, la no discriminación y la cooperación— contribuiría igualmente a reducir costes innecesarios para las empresas. E) Un acuerdo multilateral permitiría apoyar de forma eficaz los esfuerzos de los países en vías de desarrollo en-

caminados a reforzar sus regímenes domésticos en materia de competencia, así como asegurar que las autoridades de competencia en dichos países puedan beneficiarse de la cooperación internacional. F) La adopción de compromisos multilaterales en materia de competencia implicaría un claro reconocimiento de la dimensión internacional de las políticas de competencia y permitiría, por lo tanto, reforzar a las autoridades nacionales de competencia⁴⁰¹.

2. *Ámbito de los principios rectores de la OMC*

A) Trato nacional

El principio del trato nacional está establecido en el art. III GATT (de particular importancia es el párrafo 4 de este artículo, que establece el trato nacional en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interno); el art. XVII AGCS y el art. 3 ADPIC. El principio del trato nacional también está incorporado en otros acuerdos que integran el Anexo IA del Acuerdo sobre la OMC –la parte de la OMC que reúne los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, por ejemplo el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. También es un pilar del Acuerdo sobre Contratación Pública. La esencia del principio del trato nacional es exigir que un Miembro de la OMC no ponga las mercancías, los servicios o las personas de otros Miembros en desventaja para competir con sus propias mercancías, servicios o nacionales. Es importante tener en cuenta que el objetivo y el alcance del principio del trato nacional difieren entre los tres Acuer-

⁴⁰¹ I. García Bercero, “Comercio y competencia”, *loc. cit.*, p. 39–40.

dos principales de la OMC. El GATT, al menos en su negociación originaria de 1947, se centraba en el control y la liberalización de las medidas en frontera que restringen el comercio internacional. Un principio clave es que, como norma general, para que una medida en frontera otorgue una ventaja competitiva al producto nacional debe tomar la forma de un arancel aduanero, y el nivel de este arancel aduanero debe ser objeto de negociación y de consolidación en las listas nacionales. En este contexto el art. III sobre trato nacional desempeña una función crucial ya que, como queda en claro en su párrafo 1, su propósito es asegurar que todas las demás medidas, denominadas medidas “interiores”, no se apliquen a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. Sirve, por lo tanto, el objetivo de asegurar que las medidas interiores no se utilicen para anular o menoscabar el efecto de las concesiones arancelarias y otras normas multilaterales aplicables a las medidas en frontera⁴⁰². El hecho de que el GATT se concentre en las medidas en frontera, junto con sus antecedentes históricos, de haber reemplazado una proliferación de acuerdos comerciales bilaterales con un acuerdo multilateral, explican por qué el trato de la nación más favorecida se suele calificar como la piedra fundamental del GATT, pese a la función determinante del trato nacional en relación con las medidas interiores.

La función y el objetivo del trato nacional en el Acuerdo de la OMC en materia de servicios –el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)– son ligeramente diferentes. Esta diferencia se deriva del hecho de que en el comercio de servicios no suele ser posible hacer una distinción entre las medidas en frontera y las medidas interiores, especialmente porque en virtud

⁴⁰² J.L. Arpio Santacruz, “La adopción de normas multilaterales de competencia”, *Actas de Derecho industrial y de Derecho de autor*, t. 18, 1997, pp. 1077–1086.

del AGCS el suministro de servicios por un proveedor extranjero mediante una presencia comercial en el territorio de que se trate se considera una forma del comercio de servicios. Por lo tanto, el criterio del AGCS no es convertir el trato nacional en un principio de aplicación general, sino prever su aplicación cuando se ha asumido un compromiso específico y éste consta en las listas nacionales que forman parte del Acuerdo. Como se deja en claro en el art. XIX AGCS, se ampliarán progresivamente las listas mediante rondas sucesivas de negociaciones comerciales con miras a lograr niveles de liberalización progresivamente superiores —en la misma forma en que el comercio de mercancías se ha liberalizado progresivamente mediante sucesivas negociaciones arancelarias.

En orden a la propiedad intelectual el trato nacional ha sido tradicionalmente el pilar del Derecho internacional público en la materia, especialmente en el Convenio de París y en el Convenio de Berna⁴⁰³. El ADPIC no difiere a este respecto de los principales convenios preexistentes que le sirvieron de base y cuyas disposiciones sustantivas incorpora. Con algunas excepciones, relativamente poco importantes, el trato nacional se aplica a todos los aspectos de la protección de la propiedad intelectual tratados en el Acuerdo. El alcance del principio obliga a pronunciarse acerca de sus beneficiarios y a las medidas a las que se aplica.

En el caso del art. III GATT los acreedores al beneficio del trato nacional no son las personas de otros países Miembros sino los productos de dichos países. Si bien esto es evidente por la redacción del art. III, también ha sido destacado en las decisiones de varios grupos especiales. Por ejemplo, en el asunto *Canadá – Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera* (1984) el Grupo Especial observó que la letra del art. III no jus-

⁴⁰³ *Vid.* Artículo. 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el art. 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

tificaba considerar si los inversores extranjeros eran perjudicados por las obligaciones que les imponía la legislación en cuestión. Ahora bien, el mero hecho de que las medidas nacionales en cuestión se apliquen a personas y no a productos no significa que queden fuera del alcance del art. III cuando las medidas discriminan según dichas personas comercien mercancías importadas o de producción nacional⁴⁰⁴.

En el caso del comercio de servicios los posibles beneficiarios del trato nacional en virtud de las disposiciones del AGCS son los servicios de otros Miembros y los proveedores de servicios de otros Miembros –si bien, como se mencionó anteriormente, debe recordarse que se beneficiarán realmente siempre que en la lista nacional pertinente se haya incluido un compromiso específico de conceder el trato nacional, y dependerá de las condiciones y limitaciones allí establecidas. Los proveedores de servicios de otros Miembros se definen en el art. XXVIII del Acuerdo. Comprende las personas físicas de otros Miembros y, en forma general, filiales sucursales o locales de empresas que sean de propiedad, o estén bajo el control, de extranjeros.

Debe observarse que mientras las mencionadas disposiciones del GATT y del AGCS se aplican (cumplidos otros elementos pertinentes) a las mercancías o servicios importados o a las empresas extranjeras proveedoras de servicios en el mercado interno, no se

⁴⁰⁴ En el asunto *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930* el Grupo Especial sostuvo lo siguiente: “Tampoco puede negarse la aplicabilidad del párrafo 4 del art. III basándose en que, en el asunto sometido al Grupo Especial, la mayoría de las actuaciones se aplican a las personas y no a los productos, puesto que el factor que determina si una persona puede ser objeto de un procedimiento tramitado conforme al Art. 337 o de un juicio sustanciado por un tribunal federal de distrito es la fuente de los productos a los que se hace oposición, es decir, el hecho de que sean de origen estadounidense o sean importados”, párrafo 5.10, IBDD 36S/402, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

aplican al trato de mercancías y servicios destinados a abastecer el mercado externo mediante la exportación.

Según el Acuerdo sobre los ADPIC los beneficiarios del trato nacional son los “nacionales de los demás Miembros”. El párrafo 3 del art. 1 deja en claro que se entenderá por “nacionales” las personas físicas o jurídicas que cumplirían los criterios establecidos para poder beneficiarse de la protección en los principales convenios preexistentes en materia de propiedad intelectual, si todos los Miembros de la OMC fueran miembros de esos convenios. Esto significa que algunas personas que no son nacionales se asimilan a los nacionales a este fin; por ejemplo, en materia de propiedad industrial, las personas que tengan un establecimiento industrial o comercial, real y efectivo, en un país Miembro de la OMC y, con respecto al derecho de autor, las personas que publiquen por primera vez un trabajo en un país Miembro de la OMC.

Con respecto al principio del trato nacional consagrado en el GATT, las disposiciones del párrafo 4 del art. III son probablemente las más pertinentes en materia de legislación y política de competencia. Esta disposición se aplica a los siguientes tipos de medidas: “cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior”. El significado de la expresión “mercado interior” ya se examinó en el párrafo 14 supra. Debe observarse que la nota interpretativa al art. III deja en claro que la norma del trato nacional contenida en el art. III se aplica a los impuestos, leyes y reglamentos interiores aunque se hayan percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación. Por ejemplo, en el asunto *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930* el Grupo Especial observó que como el Art. 337 se utilizaba como medio de hacer cumplir en la frontera la legislación esta-

dounidense sobre patentes y que dicha Ley de Patentes debía considerarse una ley interna en el sentido del párrafo 4 del art. III, al Art. 337 se le aplicaban las disposiciones del art. III GATT.⁴⁰⁵

Con respecto al alcance de la frase “cualquier ley, reglamento o prescripción” mencionada en el párrafo 4 del art. III GATT, los grupos especiales han tendido a adoptar una interpretación amplia. Un importante factor ha sido que el párrafo 4 dice “cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, [etc.] ... en el mercado interior” de productos. En una antigua solución de diferencias, Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola, el Grupo Especial destacó que la intención no había sido que las disposiciones del art. III no se aplicaran a las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones del comercio. Determinó que más bien que con la letra del artículo el legislador había tenido la intención de comprender todas las leyes y reglamentos “que puedan alterar en el mercado interior las condiciones de la competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación”.⁴⁰⁶ Esta interpretación fue sostenida por posteriores grupos especiales del GATT y de la OMC y por el Órgano de Apelación.⁴⁰⁷ Un ejemplo de esta interpretación amplia de cuándo se entiende que una medida puede considerarse ley, reglamento o prescripción en el sentido del párrafo 4 del art. III se encuentra en el asunto *Canadá – Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera* donde el Grupo Especial consideró que estaba comprendido todo compromiso escrito de compra y de exportación, jurídicamente obligatorio, presentado por un

⁴⁰⁵ *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, párrafos 5.8 y 5.10, IBDD 36S/402, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

⁴⁰⁶ *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, párrafo 12, IBDD 7S/64, L/833, adoptado el 23 de octubre de 1958.

⁴⁰⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial en el asunto *CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, párrafo 7.175 del documento WT/DS27/R.

inversor, aun cuando la ley no hubiese impuesto la obligación de presentarlo⁴⁰⁸. Otro ejemplo se encuentra en el asunto *CE – Piezas y componentes cuando el Grupo Especial* consideró que las obligaciones aceptadas voluntariamente por una empresa con objeto de obtener una ventaja del Gobierno estaban comprendidas en las disposiciones del párrafo 4 del art. III⁴⁰⁹. También se debe recordar que otra interpretación del párrafo 4 del art. III es que se aplica a las leyes, reglamentos y prescripciones procesales además de aplicarse a las sustantivas⁴¹⁰.

Con respecto a los monopolios de importación, el párrafo 4 del art. II GATT estipula que, salvo acuerdo en contrario, no tendrán por efecto asegurar una protección media superior a la prevista en la lista de un país para el producto en cuestión.⁴¹¹ Diversos grupos especiales han dejado en claro, además, que las prácticas de las empresas comerciales del Estado estaban sujetas a las disposiciones del art. III GATT sobre trato nacional cuando se tratara de ley, reglamento o prescripción nacional que afectara cuestiones tales como la imposición de un precio mínimo para la venta de productos importados, la obligación de que la cerveza importada se presentara en paquetes de seis envases pero no así la cerveza nacional, las prácticas de los locales oficiales de venta de bebidas alco-

⁴⁰⁸ *Canadá – Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera*, párrafo 5.4, IBDD 30S/151, L/5504, adoptado el 7 de febrero de 1984.

⁴⁰⁹ *CE – Piezas y componentes*, párrafo 5.21, IBDD 37S/147–221.

⁴¹⁰ *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, párrafo 5.10, IBDD 36S/402, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

⁴¹¹ A este respecto debe tenerse en cuenta que el aumento del precio de importación impuesto por tales monopolios se asimila en tal caso a los derechos de aduana. Véase la nota interpretativa al párrafo 4 del art. II GATT, donde se establece que las disposiciones de este párrafo se aplicarán teniendo en cuenta las del art. 31 de la Carta de La Habana.

hólicas relativas a la inclusión o exclusión de productos en las listas y los reglamentos que afectan el transporte interior.⁴¹²

En el marco del AGCS siempre que se haya hecho un compromiso de trato nacional se aplica con respecto a “todas las medidas que afecten al suministro de servicios”. Según el art. XXVIII “medida” significa “cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma”. Además, el párrafo 3 del art. I deja en claro que tales medidas son las medidas adoptadas por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, y por instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por tales gobiernos o autoridades. Según el apartado c) del art. XXVIII las “medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios” abarcan las medidas referentes a: i) la compra, pago o utilización de un servicio; ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; y iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio. Si bien hay menos experiencia en aplicar esta disposición en casos particulares de la que existe con respecto a las disposiciones del art. III (GATT), el Órgano de Apelación ha considerado que la palabra “medida” en el sentido del AGCS debe tener un amplio campo de aplicación, especialmente teniendo en cuenta el empleo

⁴¹² *Canadá – Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización canadienses*, párrafo 4.26, IBDD 35S/38, L/6304, adoptado el 22 de marzo de 1988; *Canadá – Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, párrafos 5.4, 5.15 y 5.31, IBDD 39S/28, WT/DS17/R, adoptado el 18 de febrero de 1992; *EE UU – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, párrafo 5.63, IBDD 39S/242, WT/DS23/R, adoptado el 19 de junio de 1992.

de la expresión “que afecten” en la definición y la forma en que ha sido interpretada en virtud del párrafo 4 del art. III GATT.⁴¹³

También debe tenerse en cuenta que el art. VIII AGCS exige a los Miembros asegurarse de que ningún proveedor monopolista de un servicio en su territorio actuará, al suministrar el servicio objeto de monopolio en el mercado pertinente, de manera incompatible con los compromisos específicos de dicho Miembro, y no abuse de su posición monopolista para actuar en otros mercados de manera incompatible con esos compromisos. Estas disposiciones también se aplican a los casos de proveedores exclusivos de servicios, en que un Miembro, de hecho o de derecho: a) autorice o establezca un pequeño número de proveedores de servicios, y b) impida en lo sustancial la competencia entre esos proveedores en su territorio.

En el Acuerdo sobre los ADPIC la obligación de trato nacional, contenida en su art. 3, se aplica a “la protección de la propiedad intelectual”. Según una nota al art. 3 la “protección” comprende “los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo”.

Sentado el alcance del postulado procede ahora estudiar su incidencia en materia de competencia. Ha habido numerosas oportunidades de interpretar la norma del trato no menos favorable en el sentido del párrafo 4 del art. III GATT. Esta interpretación ha girado en torno al concepto de que el párrafo 4 exige la igualdad de oportunidades de competencia entre los productos importados y

⁴¹³ Vid. el informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, párrafo 220, WT/DS27/AB/R.

de producción nacional, protege las expectativas más que los resultados específicos a este respecto, y prohíbe las medidas que puedan afectar adversamente las condiciones de competencia para los productos importados en relación con los productos de origen nacional en el mercado interior. Por ejemplo, uno de los primeros grupos especiales afirmó que la intención del legislador había sido que el párrafo 4 del art. III abarcara las leyes y reglamentos “que puedan alterar en el mercado interior las condiciones de la competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación”, y que la intención de los redactores fue “la de asegurar condiciones iguales de competencia una vez despachadas de la aduana las mercancías”.⁴¹⁴ Más adelante otro grupo especial afirmó que la razón del art. III era “dar a las Partes Contratante seguridades acerca de las relaciones de competencia entre sus productos y los de las demás Partes Contratante” y continuó diciendo que su finalidad era no sólo “proteger el comercio actual, sino además crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro”.⁴¹⁵ Otro grupo especial afirmó: “la frase 'no deberán recibir un trato menos favorable' del párrafo 4 exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior”.⁴¹⁶ Los razonamientos de estos antiguos grupos especiales han sido respalda-

⁴¹⁴ *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, párrafos 11 a 13, IBDD 7S/64, L/833, adoptado el 23 de octubre de 1958.

⁴¹⁵ *EE UU – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, párrafo 5.2.2, IBDD 34S/157, L/6175, adoptado el 17 de junio de 1987.

⁴¹⁶ *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, párrafo 5.11, IBDD 36S/402, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

dos por los grupos especiales de la OMC⁴¹⁷ y por el Órgano de Apelación.⁴¹⁸

En el caso del AGCS, la interpretación de que la norma del trato no menos favorable consiste en asegurar condiciones no menos favorables de competencia se basa en la disposición sobre trato nacional del mismo Acuerdo. El párrafo 3 del art. XVII AGCS estipula que: “Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia a favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.”

Requisitos jurídicos formalmente idénticos o formalmente diferentes

Una consecuencia de la noción de que hay que disponer de igualdad de oportunidades efectivas de competencia y, también, de que debe considerarse una norma mínima, vale decir que los Miembros tienen libertad de otorgar un trato más favorable a los productos importados si así lo desean, es que la jurisprudencia del GATT dejó en claro, por un lado, que la existencia de requisitos jurídicos formalmente diferentes no es decisiva, por sí misma, para concluir que se ha infringido la norma del trato no menos favorable y, por otra parte, la existencia de un requisito jurídico formalmente idéntico no es determinante, por sí misma, para decidir que hay conformidad con la norma del trato no menos favorable.

⁴¹⁷ Por ejemplo, en el informe del Grupo Especial *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo*, párrafo 10.379, WT/DS44/R.

⁴¹⁸ Por ejemplo, en su informe sobre *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación afirmó que “... el art. III protege las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales”, página 17, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996.

Esto se explica de la siguiente forma en el informe del Grupo Especial, de 1989, en el asunto *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930*: “La frase 'no deberán recibir un trato menos favorable' del párrafo 4 exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior. Ello establece claramente el criterio mínimo admisible. Por un lado, las Partes Contratante pueden aplicar a los productos importados prescripciones legales formales diferentes, si con ello se les concede un trato más favorable. Por otro lado, también hay que reconocer que puede haber casos en que la aplicación de disposiciones legales formalmente idénticas represente en la práctica un trato menos favorable para los productos importados y en que, por tanto, una parte contratante tenga que aplicar a esos productos disposiciones legales diferentes para que el trato que les da no sea en realidad menos favorable. Por esas razones, el mero hecho de que los productos importados estén sujetos, en virtud del art. 337, a disposiciones legales diferentes de las que se aplican a los productos de origen nacional, no basta para concluir que existe incompatibilidad con el párrafo 4 del art. III. En un caso así, hay que apreciar si las diferencias existentes en las disposiciones legales aplicables conllevan o no un trato menos favorable para los productos importados”⁴¹⁹. Un Grupo Especial de la OMC hizo suya esta constatación⁴²⁰.

Esta jurisprudencia del GATT se ha reflejado en el texto de la disposición sobre trato nacional del AGCS. El párrafo 2 del art. XVII reconoce explícitamente que se podrá cumplir con la norma del trato no menos favorable ya sea con un trato formalmente

⁴¹⁹ *EE UU – Art. 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, párrafo 5.11, IBDD 36S/402, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

⁴²⁰ *EE UU – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, párrafo 6.25, WT/DS2/R.

idéntico o con uno formalmente diferente siempre que, como se deja en claro en el párrafo 3, a los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros se dispensen las condiciones no menos favorables de competencia.

Productos, servicios y proveedores de servicios similares: En el caso del GATT y del AGCS la norma del trato no menos favorable debe cumplirse con respecto a los “productos similares” y “los servicios similares o los proveedores de servicios similares”, respectivamente. La cuestión de determinar qué se considera producto similar a los fines del art. III GATT ha ocupado gran parte de la atención de los órganos de solución de diferencias, grupos especiales y Órgano de Apelación. La atención se ha detenido, en gran parte, en la interpretación del párrafo 2 del art. III relativo a los impuestos interiores y otras cargas interiores. Este debate se vio complicado por el hecho de que además del concepto de productos similares la disposición contiene, en su nota interpretativa, el concepto de “un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente”; se ha sostenido que este concepto tenía un significado más amplio, a los fines de esta disposición, que un producto similar⁴²¹. El enfoque más usual de los grupos especiales ha sido destacar que la interpretación de la expresión “producto similar” debía examinarse caso por caso. Entre los criterios que se han aplicado a este respecto están el uso final de un producto en un mercado determinado, gustos y hábitos del consumidor, la naturaleza y calidad de los productos, y el hecho de que los productos en cuestión correspondan o no a la misma clasificación arance-

⁴²¹ Debe observarse que al aprobar esta constatación el Órgano de Apelación destacó que el alcance del término “similar”, empleado en diversas disposiciones del GATT, debía determinarse por la disposición concreta en la que se encontrara, así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que fuese aplicable la disposición (informe sobre *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R).

laria⁴²². Con respecto a la determinación de que los productos sean directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, un Grupo Especial reciente examinó las pruebas de la relación directa de competencia entre los productos, y comparó sus características físicas, usos finales, canales de distribución y precios, teniendo en cuenta la elasticidad cruzada en función de los precios, pruebas procedentes de mercados de otros países y la competencia potencial y real⁴²³.

Otra cuestión importante que se ha planteado con respecto a la determinación de que un producto se considere “similar” en el sentido del párrafo 4 o directamente competidor, o que pueda sustituirlo directamente en el sentido del párrafo 2 del art. III GATT, es determinar si la intención de protección es pertinente. Algunos opinan que ésta es una consideración importante, interpretando de esta forma la frase del párrafo 1 del art. III donde se dice que las medidas no deberían aplicarse “de manera que se proteja la producción nacional”. Esta opinión responde a la inquietud de que la calificación de productos importados y nacionales como “similares” convertiría a cualquier diferenciación reglamentaria de productos en incompatible con las disposiciones del art. III, aunque tuviese un objetivo público legítimo, como por ejemplo por razones ecológicas o de normalización. Por eso han considerado importante que la determinación de productos similares se haga de manera que no interfiera innecesariamente con las facultades reglamentarias ni con las opciones de política interna de las Partes

⁴²² *Vid.*, por ejemplo, el informe del *Grupo de Trabajo sobre Ajustes Fiscales en Frontera*, párrafo 18, IBDD 18S/106, L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, y el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R.

⁴²³ *Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, páginas 201 a 228, WT/DS75/R.

Contratante⁴²⁴. Sin embargo un grupo especial de la OMC rechazó explícitamente la idea de tener en cuenta el objetivo del legislador de un impuesto interno para determinar el alcance de “productos similares” o de “un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente”⁴²⁵. El Órgano de Apelación respaldó este criterio. Además, al considerar si una medida se ha tomado “de manera que se proteja la producción nacional” en el sentido del párrafo 2 del art. III, el Órgano de Apelación dictaminó que la cuestión de la intención del legislador o reglamentador no era una consideración pertinente. Más bien, con respecto a las diferencias fiscales entre productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, nacionales e importados, se debe prestar atención a los factores objetivos detrás de la medida fiscal en cuestión, entre ellos el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida⁴²⁶.

El alcance de las obligaciones de trato nacional en el marco del GATT y del AGCS está limitado en diversas formas. En especial la norma del GATT está limitada a las medidas “interiores” y la norma correspondiente del AGCS depende de los compromisos

⁴²⁴ *EE UU – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, párrafos 5.23 a 5.26 y párrafos 5.71 a 5.74, WT/DS23/R y IBDD 39S/242, respectivamente.

⁴²⁵ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, párrafos 6.15 a 6.19, WT/DS8/R, WR/DS10/R y WT/DS11/R.

⁴²⁶ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, página 33, WT/DS8/AB/R, WR/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R. Sin embargo en otro caso, en la conclusión de que una medida se había tomado “de manera que se proteja la producción nacional” el Órgano de Apelación, además de apoyarse en la magnitud de los diferenciales impositivos, tuvo en cuenta el hecho de que el gobierno del país demandado había declarado que el objeto de la medida era proteger la producción nacional (informe del Órgano de Apelación en el asunto *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, páginas 34 a 36, WT/DS31/AB/R).

específicos que haya asumido el Miembro en cuestión. Además, estos dos Acuerdos contienen varias excepciones aceptadas al principio del trato nacional. Sin intentar una enumeración exhaustiva y sin pasar a describir la experiencia generalmente complicada de su aplicación, deben tenerse en cuenta las siguientes excepciones:

i) La contratación pública de mercancías y servicios (párrafo 8 a) del art. III GATT y art. XIII AGCS). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que 25 Miembros de la OMC han contraído compromisos de trato nacional entre sí con respecto a gran parte de su contratación pública de mercancías y servicios en el marco pluri-lateral del Acuerdo sobre Contratación Pública.

ii) Las excepciones generales relativas a cuestiones tales como las medidas necesarias para proteger la moral pública o mantener el orden público, proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones de determinado acuerdo (art. XX GATT y art. XIV AGCS). Estas excepciones generales están sujetas a la reserva de que las medidas tomadas de conformidad con ellas no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones (GATT) o condiciones similares (AGCS), o sea una restricción encubierta del comercio internacional. También debe tenerse en cuenta que el alcance de algunas de estas excepciones a las normas del GATT ha sido regulado en mayor detalle por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanita-

rias, de la OMC.⁴²⁷ También con respecto a la reglamentación interna, el Anexo del AGCS sobre servicios financieros admite excepciones por motivos cautelares.

iii) Excepciones relativas a la seguridad (art. XXI GATT y art. XIVbis del AGCS).

Por lo que hace al alcance del Acuerdo sobre los ADPIC la obligación de trato nacional es relativamente amplia en dicho Acuerdo. Cuando se hubiesen establecido excepciones a este principio en los principales convenios preexistentes sobre propiedad intelectual también se permiten en el Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo la denominada “comparación de los plazos” con respecto a los derechos de autor y, con algunas garantías adicionales en el Acuerdo sobre los ADPIC, las disposiciones relativas a procedimientos judiciales y administrativos en materia de propiedad industrial. Además, con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, la obligación del trato nacional sólo se aplica a aquellos derechos establecidos en el Acuerdo sobre los ADPIC.

B) Principio del trato de nación más favorecida

El principio del trato de nación más favorecida (NMF) figura el art. I GATT, el art. II AGCS y en art. 4 ADPIC. Dichas disposiciones, que prescriben que un Miembro de la OMC no efectúe discriminaciones entre otros Miembros de la OMC, pueden encontrarse en varios de los otros acuerdos relativos al comercio de

⁴²⁷ En caso de conflicto con el GATT prevalecen las disposiciones de estos acuerdos. Nota interpretativa general al Anexo IA del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

mercancías que forman parte del Anexo IA del Acuerdo sobre la OMC.

El hincapié hecho en el GATT en las medidas en frontera, junto con sus antecedentes históricos como una sustitución de la proliferación de acuerdos bilaterales comerciales por uno de carácter multilateral explica por qué el trato de nación más favorecida es con frecuencia mencionado como la piedra angular del GATT. Este principio desempeña un cometido central al asegurar la índole multilateral del sistema comercial englobado en el GATT y la norma multilateral de derecho en esta esfera. La prescripción de que toda modificación se aplique con carácter automático a todos los Miembros de la OMC constituye un elemento importante de estabilidad y previsibilidad del sistema, que garantiza que todos se beneficien de las medidas de liberalización comercial y hace que sea mucho más difícil eliminar tales medidas. Éste conlleva también un elemento importante de lógica económica, que permite a cada país participante satisfacer sus necesidades de importación de las fuentes más eficaces de suministro (maximizando el ámbito de aplicación del principio de la ventaja comparativa). Además, la norma básica de no discriminación que éste abarca se considera que tiene un fundamento importante de política exterior.

Consideraciones similares rigen también para las otras principales esferas de la OMC, a saber, servicios y propiedad intelectual. No obstante, en esas esferas el principio del trato nacional, de forma real o potencial, puede ser relativamente más importante. Esto es más patente en la esfera del Acuerdo sobre los ADPIC. En los convenios anteriores internacionales sobre propiedad intelectual, especialmente el Convenio de París y de Berna, no se ha considerado necesario incluir una cláusula de nación más favorecida. Ello fue debido a que se consideró que el ámbito amplio de la obligación de trato nacional contenida en esos convenios limitaba en gran medida la probabilidad de que los beneficios concedidos a los nacionales de un país no se concediesen a los nacionales de todos los demás: aparte de las esferas relativamente limitadas en

que las excepciones al trato nacional están permitidas en esos convenios, una discriminación de ese tipo entre los nacionales de otros países únicamente sería posible si un país da a los nacionales de otro país un trato más favorable del que concede a sus propios nacionales. El origen de la cláusula NMF del Acuerdo sobre los ADPIC radica en el hecho de que, independientemente de la escasa probabilidad inherente de esa aptitud, determinados países habían adoptado medidas a tal efecto. La cláusula NMF del Acuerdo sobre los ADPIC obedeció en gran parte al deseo de hacer frente a esta situación bastante excepcional.

En lo que respecta al AGCS, el ámbito potencialmente enorme de los compromisos en materia de trato nacional, que pueden abarcar todas las medidas que afectan al suministro de servicios (y no sólo las medidas “internas”, como en el caso del GATT) tiene también consecuencias para la importancia relativa de la norma NMF. No obstante, conviene recordar que el trato nacional no constituye una norma de aplicación general en el AGCS sino que depende de la aceptación de un compromiso sectorial específico y de todas las condiciones y cualificaciones conexas.

En lo que respecta a los beneficiarios del trato de nación más favorecida, los detalles proporcionados sobre el trato nacional son válidos también en gran medida para el trato de nación más favorecida. No obstante, en lo que respecta al GATT, conviene señalar que este principio debe también aplicarse a las exportaciones y a todo producto destinado a los territorios de otros Miembros de la OMC.

En lo que respecta a los tipos de medidas a los que se aplica la obligación NMF, la descripción concerniente al trato nacional es igualmente válida básicamente. No obstante, en el caso del GATT, esta obligación abarca otra esfera importante. La obligación NMF del GATT abarca no sólo las tasas y reglamentos internos men-

cionados en la disposición relativa al trato nacional sino también las medidas en frontera⁴²⁸. En lo que respecta a las empresas estatales y a las empresas que se benefician de privilegios especiales, el art. XVII GATT exige que dichas empresas se ajusten, en sus compras o sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, a los principios generales de no discriminación prescritos en el presente Acuerdo para las medidas gubernamentales concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados. Esta disposición se interpreta en el sentido de que las empresas en cuestión no deben efectuar compras o ventas de esa índole más que de conformidad a consideraciones comerciales y que las empresas de otras Partes Contratante deberán gozar de oportunidades adecuadas de competir de conformidad con las prácticas comerciales habituales.

En lo que respecta al AGCS, existe una diferencia importante en ese sentido, a saber, que mientras que la obligación relativa al trato nacional no se aplica más que cuando se ha contraído un compromiso específico, la obligación NMF contenida en el art. II es de aplicación general, con excepción de una lista única de excepciones (que se examinan más adelante). Con respecto a los monopolios y a los proveedores exclusivos de servicios, las disposiciones del art. VIII exigen que una empresa de estas características cuando suministra un servicio monopolístico en el mercado en cuestión, no actúe de forma incompatible con las obligaciones NMF del Miembro interesado.

⁴²⁸ Es decir “derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones ...”. Párrafo 1 del art. 1 del GATT.

El criterio del trato de la nación más favorecida se describe de forma bastante diferente en los tres principales Acuerdos de la OMC. El GATT utiliza un lenguaje tradicional al hacer referencia a la obligación de hacer extensivas “inmediatamente y sin condiciones” a todos los Miembros de la OMC “toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad” otorgado por un Miembro. Un grupo especial de la OMC ha confirmado la jurisprudencia existente en el marco del GATT, en el sentido de que ninguna ventaja de ese tipo puede subordinarse a un criterio que no esté relacionado con el propio producto importado.⁴²⁹ El Acuerdo sobre los ADPIC utiliza la misma expresión que el GATT.

El AGCS utiliza el criterio del “trato no menos favorable” para expresar su obligación NMF. El sentido de esta norma fue objeto de una constatación en el informe del Grupo Especial en el asunto Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Se trataba de determinar si la aclaración concerniente a la norma del trato no menos favorable contenida en la obligación del AGCS relativa al trato nacional, a saber, un trato formalmente idéntico o formalmente diferente y las condiciones de competencia deberían también entenderse como pertinentes para la interpretación de la obligación NMF del art. II AGCS. El Grupo Especial sostuvo que debía otorgarse el mismo sentido amplio al criterio del “trato no menos favorable” establecido en el art. II, que fue por consiguiente interpretado en el sentido de que las condiciones de competencia no debían ser menos favorables⁴³⁰. Esta posición fue básicamente respaldada por el Órgano de Apelación, si bien apoyándose en bases diferentes⁴³¹.

⁴²⁹ *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, párrafos 14.143–14.144, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R y WT/DS64/R.

⁴³⁰ WT/DS27/R/USA, párrafos 7.298 a 7.304.

⁴³¹ Informe del Órgano de Apelación sobre *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*.

Como en el caso de las disposiciones del GATT y del AGCS relativas al trato nacional, las bases para la comparación utilizadas para determinar si existe discriminación en lo que respecta a las cláusulas NMF son los productos similares o los servicios o proveedores de servicios similares. No obstante, de la redacción del GATT⁴³² se desprendía claramente, y esa opinión se confirmó posteriormente, que la expresión podía tener sentidos diferentes según los contextos en los que fuese utilizada. De forma general, todo indica que los grupos especiales del GATT hayan tenido tendencia a adoptar una definición relativamente restringida de este término de conformidad con el art. I cuando se trataba de cuestiones arancelarias⁴³³. Al actuar así, han concedido mayor importancia a la clasificación arancelaria, si bien no la han considerado como necesariamente determinante en sí misma⁴³⁴. Todo parece indicar que se ha tenido en cuenta que la cuestión de la definición más o menos amplia de los beneficios resultantes de una concesión arancelaria negociada para un sector de productos específicos puede tener repercusiones para los incentivos de contraer tales compromisos.

Existen diversas excepciones o restricciones importantes a la aplicación del principio NMF. Éstas abarcan por ejemplo las excepciones generales y las excepciones concernientes a la seguridad examinadas anteriormente en relación con el trato nacional. Además, en lo que respecta al GATT, se permiten importantes excepciones al principio NMF en lo que concierne a los acuerdos de establecimiento de uniones aduaneras y zonas de libre comer-

⁴³² Guía de las normas y usos del GATT 1995, volumen I, página 39.

⁴³³ *Japón – Arancel aplicado a las importaciones de madera de picea, pino, abeto, aserrada en tamaños corrientes*, IBDD 36S/191, L/6470, adoptado el 19 de julio de 1989.

⁴³⁴ *España – Régimen arancelario del café sin tostar*, IBDD 28S/109, L/5135, adoptado el 11 de junio de 1981.

cio (art. XXIV), y las preferencias a favor de los países en desarrollo o entre esos países (la cláusula de habilitación).⁴³⁵

El AGCS permite a los Miembros presentar una lista única de exenciones al trato NMF. Esas exenciones deben someterse a un reexamen cinco años después de la entrada en vigor de la OMC y, en principio, no deberían exceder un período de 10 años.⁴³⁶ El AGCS permite también una excepción al trato NMF en lo que respecta a los acuerdos de integración económica, siempre que se cumplan determinadas condiciones (art. V), y eximen de sus normas los derechos de tráfico en los transportes aéreos y los servicios directamente vinculados al ejercicio de esos derechos, así como las medidas adoptadas por razones de prudencia en el sector de los servicios financieros⁴³⁷.

Las principales excepciones al trato NMF autorizadas por el Acuerdo sobre los ADPIC guardan relación con los acuerdos internacionales concernientes a la ayuda judicial o a la aplicación de la ley de forma general y no se limitan especialmente a la protección de la propiedad intelectual; a los casos en que las excepciones admisibles al trato nacional permiten que el trato acordado esté en función de una reciprocidad efectiva; a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión no comprendidos en el Acuerdo; y al trato dimanado de los acuerdos internacionales preexistentes que hayan sido notificados y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable. Además, se permite una excepción para

⁴³⁵ Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre “Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo”, IBDD 26S/221.

⁴³⁶ La mayoría de las exenciones contenidas en esas listas hacen referencia a los servicios marítimos, los servicios de transporte y los servicios audiovisuales.

⁴³⁷ Anexos del AGCS sobre los servicios de transporte aéreo y los servicios financieros.

los sistemas de registro internacionales establecidos bajo los auspicios de la OMPI.

C) Principio de transparencia

El concepto de transparencia, como se desprende de los Acuerdos de la OMC, puede considerarse que tiene dos componentes. En primer lugar, la obligación de publicar, o al menos de poner a la disposición del público, todos los reglamentos pertinentes y, como norma general de no aplicarlos ni de darles fuerza ejecutiva hasta tanto no se haya hecho esto. Con frecuencia se vinculan a esa obligación disposiciones relativas a la aplicación imparcial de esos reglamentos y al derecho de reexaminar las decisiones adoptadas en virtud de éstos. En segundo lugar, las disposiciones concernientes a la notificación de las diversas formas de medidas adoptadas por los Estados a la OMC y otros Miembros.

En lo que concierne a la publicación, las disposiciones de los tres principales Acuerdos de la OMC que contienen esta obligación son: GATT: art. X; AGCS: art. III; ADPIC: art. 63.

Muchos de los otros acuerdos contenidos en el Anexo IA del Acuerdo sobre la OMC concernientes al comercio de mercancías contienen también una obligación en materia de publicación. El art. X GATT contiene asimismo disposiciones sobre la administración uniforme, imparcial y razonable de medidas comerciales y el derecho de reexaminar las medidas adoptadas de conformidad a éstas. Disposiciones de la misma índole figuran también en otros muchos Acuerdos de la OMC, especialmente el AGCS (en particular el art. VI), el Acuerdo sobre los ADPIC (especialmente los arts. 41–42 y 62) y en diversos acuerdos que figuran en el Anexo IA, por ejemplo, los Acuerdos sobre subvenciones y medidas compensatorias, las medidas antidumping, la valoración en aduana, los procedimientos sobre licencias de importación y la inspección previa a la expedición.

En lo que respecta a la notificación, las principales disposiciones del AGCS y del Acuerdo sobre los ADPIC son las de los artículos mencionados, si bien en ambos casos existen otras disposiciones que estipulan notificaciones para casos específicos. Las disposiciones concernientes a la notificación que figuran en el GATT y en los otros acuerdos relativos al comercio de mercancías son numerosas y diversas. Una nota de la Secretaría preparada para el Grupo de Trabajo sobre Obligaciones y Procedimientos de Notificación, creada en virtud de una decisión adoptada por el Comité de Negociaciones Comerciales de la Ronda Uruguay, enumera 165 obligaciones y procedimientos diferentes de notificación en la esfera del comercio de mercancías.⁴³⁸ Algunas de éstas son de aplicación general; por ejemplo, la mayoría de los Acuerdos de la OMC basados en normas que prevén la notificación de la legislación de aplicación y de todas las modificaciones introducidas. Algunas de esas disposiciones estipulan modificaciones periódicas, por ejemplo los informes bianuales sobre medidas compensatorias y antidumping. En determinados casos, las notificaciones no deben presentarse más que cuando se adopta o se prevé adoptar una medida comercial específica, por ejemplo una medida de salvaguardia. Otras notificaciones no son solicitadas más que una vez, por ejemplo en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Además de esas disposiciones sobre notificación se utilizan otros medios para asegurarse que la OMC y sus Miembros disponen de información suficiente sobre las prácticas de los Miembros; se trata por ejemplo de la obligación de establecer centros de información o de contacto, de la posibilidad, para un Miembro perjudicado, de presentar notificaciones “inversas” sobre las prácticas de otro Miembro y de la obligación de proporcionar información si se solicita.

⁴³⁸ G/NOP/W/2. El documento más reciente que proporciona información sobre el respeto de estos procedimientos se distribuyó con la signatura G/L/223/Rev.1 el 27 de enero de 1999.

La finalidad de estas normas puede resumirse en cuatro puntos:

En primer lugar, promover un enfoque de la política comercial y de las medidas adoptadas a nivel nacional basado en las normas. Una condición esencial de la primacía del derecho en este campo es que todas las prescripciones jurídicas sean publicadas y que, cada vez que sea posible, éstas no se ejecuten antes de que las personas que están sometidas a ellas hayan tenido la oportunidad de conocerlas. Las disposiciones concernientes a la aplicación imparcial de estas prescripciones jurídicas y las posibilidades de reexamen por un órgano independiente de las decisiones concernientes a su aplicación ejercen también la misma función.

Segundo, proporcionar información a los actores económicos de forma que éstos puedan maximizar los beneficios de las oportunidades que representan las normas y compromisos de la OMC tanto en lo que respecta al acceso a los mercados, la protección de la propiedad intelectual u otras cuestiones pertinentes.

Tercero, facilitar la supervisión del cumplimiento de las obligaciones dimanadas de la OMC, de forma que se eviten las diferencias.

Cuarto, facilitar las negociaciones comerciales futuras a fin de proseguir la liberalización del comercio internacional.⁴³⁹

Si, como se indicó anteriormente, las disposiciones concernientes a la publicación y la administración sirven para fomentar

⁴³⁹ El principio básico del GATT según el cual, si una protección debe acordarse, ésta debe adoptar la forma de un derecho de aduana, y puede ser considerada como un elemento de transparencia importante. Éste aclara y cuantifica el margen de protección otorgado a los productos nacionales. Ello permite no solamente proporcionar información valiosa a los actores del mercado, sino también facilitar las negociaciones sobre la reducción de esos derechos en condiciones de reciprocidad.

un enfoque de política comercial basado en las normas, la función de las obligaciones en materia de transparencia es tal vez relativamente más importante en las esferas en que el cometido de las normas de aplicación general de la OMC es limitado. Se trata por ejemplo de las esferas en las que el ámbito de las medidas discrecionales adoptadas por los Estados es grande, bien porque éstos ejercen realmente o podrían ejercer un control directo sobre las transacciones económicas específicas que afectan al comercio, entre otras en las esferas de la contratación pública y del comercio de Estado⁴⁴⁰, o porque las leyes nacionales de aplicación general permiten a las autoridades unas facultades discrecionales en el establecimiento de medidas comerciales.⁴⁴¹ La segunda esfera que podría destacarse especialmente a este respecto es la de los reglamentos gubernamentales básicamente internos, cuya principal finalidad es el fomento de los objetivos de interés general legítimo,

⁴⁴⁰ Por consiguiente, el Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública contiene disposiciones detalladas sobre la transparencia *ex ante* con respecto a las posibilidades de compra y transparencia *ex post* en lo que concierne a las decisiones adoptadas sobre la concesión de contratos de compra así como disposiciones relativas a un posible reexamen posterior a nivel nacional. Contiene también procedimientos de notificación importantes, por ejemplo de índole estadística. El cometido importante que la transparencia puede desempeñar en esta esfera ha sido también reconocido mediante el establecimiento de un programa multilateral de trabajo sobre transparencia en la contratación pública en la Conferencia Ministerial de Singapur de la OMC de 1996. Este programa de trabajo está aún llevándose a cabo. La esfera del comercio de Estado es otra esfera en la que la transparencia constituye el centro de los esfuerzos multilaterales, especialmente mediante el establecimiento de un grupo de trabajo con la finalidad de examinar notificaciones y contra notificaciones y de formular recomendaciones con respecto a la conveniencia de las obligaciones de notificación.

⁴⁴¹ A este respecto, cabe citar un ejemplo en la esfera de las licencias de importación, especialmente aquellas que tienen carácter discrecional, que constituye el centro del Acuerdo de la OMC sobre Procedimientos de Licencias de Importación. Uno de los principales objetivos de este Acuerdo es asegurarse que las licencias de importación, especialmente las licencias de importación no automáticas, sean aplicadas de forma transparente y previsible.

tales como la salud pública o la protección del medio ambiente, pero en los que los reglamentos en cuestión pueden tener una repercusión importante sobre las condiciones de competencia a nivel internacional y pueden de hecho ser utilizados abusivamente con esa finalidad. El problema se plantea en determinar cómo encontrar un buen equilibrio entre, por una parte, la necesidad de asegurarse de que esos instrumentos de política no se usen como restricciones ocultas al comercio y, por otra parte, la necesidad de que la OMC no intervenga demasiado en esferas en las que las consideraciones comerciales no son primordiales. Los Acuerdos de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias toman en consideración este problema, estipulando en primer lugar algunas normas de aplicación general, que giran alrededor de la idea de que los reglamentos deberían establecerse y aplicarse sobre la base del trato nacional y no deberían tener carácter más restrictivo del comercio de lo necesario para llevar a cabo sus objetivos legítimos, y seguidamente conceden demasiada importancia a la transparencia especialmente en situaciones en que los Miembros se apartan de las normas internacionales o cuando éstas no existen. En tales casos, los Miembros, como norma general, deben proporcionar oportunidades a otros Miembros y partes interesadas de expresar sus opiniones por adelantado, especialmente publicando y notificando previamente a la OMC sus propuestas de introducción de reglamentos.

Tipos de medidas a los que se aplica el principio

La obligación de publicación contenida en cada uno de los tres principales Acuerdos de la OMC es amplia, y abarca “leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general” concernientes, en cada caso, a toda la serie de cuestiones prevista por el Acuerdo. Esos instrumentos imponen también la obligación de publicar los acuerdos internacionales pertinentes. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación generalmente han optado por una interpretación liberal de esos elemen-

tos, haciendo hincapié en que era necesario proporcionar información exhaustiva en el momento oportuno.⁴⁴² El asunto *Japón – Películas fotográficas* trataba sobre una alegación de violación del art. X GATT en relación con un supuesto incumplimiento de publicación de determinadas medidas adoptadas por la Comisión de Comercio Leal del Japón y por los Consejos locales para el fomento de esas prácticas así como las “directivas” administrativas dadas por las oficinas regionales del Ministerio de Comercio e Industria, las prefecturas y las autoridades locales concernientes a la Ley sobre grandes superficies y los reglamentos pertinentes locales. En su examen de la reclamación, el Grupo Especial subrayó que, según el sentido ordinario del párrafo 1 del art. X GATT, la prescripción de publicación no es extensiva a las disposiciones administrativas dirigidas a individuos o entidades específicos. Señaló además que “en la medida en que el requisito del párrafo 1 del art. X sea aplicable a todas las disposiciones administrativas de aplicación general, su alcance se extienda también a las disposiciones administrativas adoptadas en supuestos concretos cuando en esas disposiciones se establezcan o revisen principios susceptibles de aplicación en otros casos futuros”.⁴⁴³

Principales excepciones al principio

Las principales disposiciones del GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la transparencia contienen excepciones aclarando que los Miembros no están obligados a revelar informaciones de carácter confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otra manera contraria al interés público o pueda lesionar los inter-

⁴⁴² *Japón – Comercio de semiconductores*, IBDD 35S/130, L/6309, adoptado el 4 de mayo de 1988, y *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R.

⁴⁴³ *Japón – Medidas que afectan a las películas y al papel fotográficos de consumo*, párrafo 10.388, WT/DS44/R.

eses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas.⁴⁴⁴ Cláusulas similares figuran en muchos otros Acuerdos de la OMC que forman parte del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.

3. La competencia en los Acuerdos de Marrakech

A) Fomento de una competencia leal

Las normas resultantes de los Acuerdos de Marrakech pretenden la apertura de los diferentes mercados nacionales y regionales posibilitando optimizar la producción en cada concreto mercado y su distribución en el resto de los países⁴⁴⁵. El núcleo de dichas normas está constituido, como se ha indicado, por los Acuerdos de la OMC, que son las reglas jurídicas fundamentales del comercio internacional y de las políticas comerciales. Los Acuerdos tienen tres objetivos principales: ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, alcanzar gradualmente una mayor liberalización mediante negociaciones y establecer un mecanismo imparcial de solución de controversias. En definitiva, la filosofía inspiradora del sistema de la OMC es que los países reduzcan sus obstáculos al comercio para permitir que las corrientes comerciales fluyan con mayor libertad; de acuerdo con tal filosofía, los países se benefician del aumento de los intercambios comerciales resultante de esta reducción. Y el nivel exacto al que se deben reducir esos obstáculos es algo que los propios países miembros negocian entre sí, estando su posición negociadora en función de su disponibilidad para dicha reducción y de lo que pretendan obtener a cambio de los otros países miembros del sistema. Por eso uno de los cometidos principales de la OMC es servir de

⁴⁴⁴ Párrafo 1 del art. X GATT, art. IIIbis del AGCS y párrafo 4 del art. 63 del Acuerdo sobre los ADPIC.

⁴⁴⁵ Vid. A.M. Avila Alvarez y M.A. Díaz Mier, “El mundo de los negocios y el GATT”, *Derecho de los negocios*, nº 48, 1994, p. 18.

foro para negociar la liberalización del comercio, junto al establecimiento de un peculiar mecanismo de arreglo de controversias.

De conformidad con la referida filosofía, todos los Acuerdos de la OMC están inspirados en principios sintéticos y fundamentales, que configuran el sistema multilateral de comercio. Entre estos principios figuran: la no discriminación (el trato de la “nación más favorecida” y el trato “nacional”), un comercio más libre, políticas previsibles, la promoción de la competencia y disposiciones especiales para los países menos adelantados. Si bien el GATT ya no existe como estructura con un cierto nivel de institucionalización, el Acuerdo del GATT sigue existiendo. Además, los principios fundamentales del GATT han sido incluidos en los acuerdos relativos a los servicios y la propiedad intelectual. Entre ellos figuran la no discriminación, la transparencia y la previsibilidad. Como la OMC, organización de más amplio alcance, se desarrolló a partir del GATT, se podría decir que el fruto más importante del organismo que le dio origen.

El propósito fundamental del sistema es ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables. Esto significa en parte la eliminación de obstáculos; también significa asegurar que los particulares, las empresas y los gobiernos conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio en todo el mundo, dándoles la seguridad de que las políticas no sufrirán cambios intrincados; en otras palabras, las normas han de ser “transparentes” y previsibles: habida cuenta que los acuerdos han sido redactados y firmados por la comunidad de países comerciantes, a menudo después de amplios debates y controversias, una de las funciones más importantes de la OMC es servir de foro para la celebración de negociaciones comerciales. Por último, un tercer aspecto importante de la labor de la OMC es, como se ha apuntado, la solución de controversias. Las relaciones comerciales a menudo llevan aparejados intereses contrapuestos. Los contratos y los acuerdos, inclusive los negociados con diligencia en el sistema

de la OMC, a menudo necesitan ser interpretados. La manera más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial, basado en un fundamento jurídico convenido. Este es el propósito que inspira el proceso de solución de controversias establecido en los Acuerdos de la OMC.

Las distorsiones provocadas por la ausencia de una regulación armonizada del Derecho de la competencia a nivel internacional han llevado a la OM a incluir esta materia dentro de su ámbito de actuación⁴⁴⁶. Un postulado esencial de esta entidad es el fomento de una competencia leal. El sistema de la OMC autoriza en realidad la aplicación de aranceles y, en circunstancias restringidas, otras formas de protección, por lo que puede calificarse como un sistema de normas dedicadas al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones. Las normas sobre no discriminación, NMF y trato nacional, tienen por objeto obtener condiciones equitativas de comercio. Este es también el objeto de las normas relativas al dumping, en concreto, la exportación a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado y las subvenciones⁴⁴⁷.

Las cuestiones son complejas y las normas tratan de determinar lo que es leal o desleal, y cómo los gobiernos pueden responder, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el perjuicio ocasionado por el comercio desleal. Muchos de los demás Acuerdos de la OMC están destinados a apoyar la competencia leal, por ejemplo, en materia de agricultura, propiedad intelectual y servicios.

Sin desmerecer los trabajos realizados en el marco de la ONU y de la OCDE, los cuales, como se ha dicho, han creado un caldo de cultivo que ha alimentado iniciativas de otro tipo, la OMC pa-

⁴⁴⁶ Informe Anual de la OMC relativo al año 1997 y concretamente, de su capítulo 4, titulado "Special Study on Trade and Competition Policy". *Vid. WTO Annual Report for 1997*, Ginebra, 1997.

⁴⁴⁷ J.C. Fernández Rozas, *Derecho económico...*, *op. cit.*, p.

rece el foro preferible a la hora de abordar la problemática expuesta, por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, la OMC es el foro multilateral por excelencia especializado en comercio internacional, por lo que tiene pleno sentido que, a diferencia de los acuerdos examinados en el capítulo anterior, se debatan en el seno de la misma todos los aspectos que puedan incidir en el comercio internacional, como las prácticas restrictivas de la competencia.

En segundo lugar, algunos países han expuesto la necesidad de tratar el tema de una manera global, incluyendo en el paquete de negociaciones otros aspectos con incidencia en esta materia como los derechos anti-dumping y las cláusulas de salvaguarda. En este sentido, los acuerdos comerciales suelen ser el resultado de un delicado *package deal*, por lo que parece preferible negociar todos los aspectos en un solo foro.

En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los códigos de conducta preparados en el seno de la ONU y de la OCDE, los cuales constituyen una manifestación del llamado “derecho blando” las normas acordadas en el seno de la OMC constituyen obligaciones jurídicamente exigibles, especialmente tras las profundas reformas introducidas durante la Ronda Uruguay. En este sentido, la OMC cuenta actualmente con mecanismos más refinados y efectivos para hacer cumplir los acuerdos que la ONU o la OCDE. Claro que, bien miradas las cosas, ello hará más difícil que los Estados lleguen a prestar su consentimiento para quedar obligados mediante compromisos internacionales en esta materia.

B) Desarrollos sectoriales

Al margen de las acciones mencionadas de la ronda Re Uruguay, deben resaltarse en relación con nuestra materia los siguientes aspectos:

i) El Acuerdo sobre Salvaguardias, que desarrolla el art. XIX del GATT prohíbe las restricciones voluntarias a la exportación y los acuerdos de ordenación de mercados (conocidos por sus siglas inglesas VERS y OMAS) que, entre otras medidas, fijan cuotas de mercado o fijan precios⁴⁴⁸. En tal sentido, y en tanto límite las acciones de este tipo, el acuerdo citado contribuirá a mejorar la competencia.

ii) El Acuerdo sobre Medidas Antidumping se refiere a materia de especial interés en su aplicación para los países en desarrollo que consideran que en buen número de casos, las normas *anti-dumping* se emplean como formas encubiertas de protección. En general, y aunque la discusión casuística sería muy extensa, se pretende con el acuerdo fijar criterios objetivos, en cuanto a la aplicación de este tipo de medidas que en parte se dirigen a contrarrestar las políticas de precios predatorios. La introducción de criterios de competencia a los que se encuentra muy cercano el establecimiento de las medidas *antidumping* (mercados relevantes, partes significativas de mercado, etc.) es recomendada por algunos autores.

iii) También la ronda de Uruguay estableció un Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en cierto modo cercano a los anteriores⁴⁴⁹. Hay un conjunto de prácticas que desde la perspectiva de los países en desarrollo, y en relación con las políticas de competencia y la comercial, deberían considerarse, por ejemplo, los sistemas de garantía de créditos a la exportación, ciertas políticas de atracción de inversiones extranjeras, algunas

⁴⁴⁸ P.J. Martín Rodríguez, *Las salvaguardias en la Organización Mundial de Comercio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

⁴⁴⁹ M. Montaña Mora, “El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda de Uruguay”, *Derecho de los negocios*, nº 74, 1996, pp. 12–25.

formas indirectas de establecimiento de precios de transferencia, etc. Por ello, se preconiza una ampliación del actual concepto de subvención prohibida y/o recurrible, limitadas en general a la concesión de créditos presupuestarios o exención de impuestos⁴⁵⁰.

iv) La observancia de la libre competencia es un postulado esencial de la normativa de contratación pública, y está presente de forma indirecta en el resto de principios que la informan, incluyendo los de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y los de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. El Acuerdo sobre Contratación Pública que es un acuerdo “plurilateral” porque sólo ha sido firmado por algunos de los miembros de la OMC, hace extensivas las normas en materia de competencia a las compras realizadas por miles de entidades “públicas” de muchos países⁴⁵¹. La finalidad del Acuerdo es abrir la mayor parte posible de esas operaciones a la competencia internacional. Está encaminado a aumentar la

⁴⁵⁰ G.E. Luengo Hernández de Madrid, “El concepto de subvención en la OMC: comparación con el sistema europeo de ayudas a raíz del caso de las empresas de venta en el extranjero”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 349–406.

⁴⁵¹ El Acuerdo sobre Contratación Pública se negoció por primera vez en la Ronda de Tokio, en el decenio de 1970, y entró en vigor el 1º de enero de 1981. Se actualizó en la Ronda Uruguay. El Acuerdo es “plurilateral”, lo cual significa que sólo lo han firmado algunos Miembros de la OMC; actualmente el número asciende a 28 países. El propósito del acuerdo plurilateral no es sólo la transparencia. El objetivo es abrir cuanto sea posible la contratación pública a la competencia internacional, mediante la aplicación de normas y obligaciones generales, y la elaboración de listas de entidades nacionales en cada país Miembro donde la contratación pública esté sujeta al Acuerdo. La transparencia es uno de los medios de alcanzar el objetivo. Las disposiciones en materia de transparencia tienen la finalidad de garantizar que se proporcione información suficiente sobre las oportunidades de contratación y que las decisiones se tomen equitativamente. Otro objetivo es facilitar la supervisión para asegurarse de que los gobiernos signatarios cumplan los compromisos contraídos en virtud de ese acuerdo, esto es, de no discriminar a los proveedores ni a los productos de los otros países signatarios.

transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relacionados con la contratación pública y a garantizar que no protejan a los productos o proveedores nacionales, ni discriminen entre productos o proveedores extranjeros. Consta de dos elementos: normas y obligaciones generales, y listas de las entidades nacionales de cada país signatario cuya contratación está sujeta al Acuerdo. Por tanto este último no se aplica a todos los contratos públicos de las partes pues cada una de ellas precisa, mediante listas, aquellas entidades o tipos de contratos cubiertos; estas listas son negociadas de forma similar las de concesiones de aranceles⁴⁵². Debe retenerse que

v) Entre las obligaciones establecidas en el GATS destacan que en el ámbito de la OMC, en relación a las normas que afectan el campo de la competencia, las mismas se refieren a la obligación de los miembros de asegurar, a través de sus normas nacionales, comportamientos no monopolísticos ni permitir abusos de su posición.

⁴⁵² El sistema de listado no deja de ofrecer una cierta conflictividad como puso de manifiesto el asunto *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (Grupo Especial, WT/DS163/R, 1999) que denegó la pretensión de EE UU de que las entidades encargadas de la contratación de la construcción del Aeropuerto Internacional de Inchón (Corea) quedaban cubiertas por el Acuerdo. Gran parte de las normas y obligaciones generales se refieren a los procedimientos de licitación. Aunque el asunto fue “abandonado”, porque en EE UU se impugnó su constitucionalidad, la Ley del Estado de Massachusetts que disponía que las autoridades de ese Estado no estaban autorizadas a adquirir bienes ni a contratar servicios con ninguna persona que realizase transacciones comerciales con Myanmar (antigua Birmania) donde se practicaba sistemáticamente el trabajo forzoso, lo cual era especialmente beneficioso para el capital extranjero; en defensa de sus empresas las Comunidades Europeas y Japón habían alegado ante la OMC la contrariedad de la referida ley con el Acuerdo sobre contratación pública: Grupo Especial: *EE UU – Medida que afecta a la contratación pública* (WT/DS88 y WT/DS95, 1997).

C) Especial consideración del ADPIC

El Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, constituyó una gran novedad en el mundo del comercio internacional⁴⁵³. No obstante, ha sido criticado por los países en desarrollo, especialmente por las dificultades que les representa su aplicación operativa⁴⁵⁴. Se aduce en tal sentido que uno de los objetivos de la inclusión de la propiedad intelectual en el GATT es someter a los países no desarrollados a idénticas normas que los países industrializados; no obstante, lo cual es una tarea de extraordinaria complejidad. No es fácil que los países no desarrollados con industrias nacientes puedan soportar el peso de la igualdad. Esta fue una de las diferencias de posiciones que ya se había planteado durante el período que duró la Ronda de Uruguay y que al final se plasmó en los ADPIC, estableciendo derogaciones temporales, en ciertos casos aparentes, de algunas normas. Sin embargo, esto no ha sido suficiente para otorgar a este Acuerdo la flexibilidad requerida y reconocida en la exposición de motivos. No resulta clara la línea delimitatoria entre los derechos de propiedad intelectual y las normas de competencia.

La expresión “derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio” con la que finalmente se califica estos derechos en sede de la OMC, a pesar de ser redundante, pues todos ellos tienen una connotación comercial, incluso los derechos morales que corresponden al autor de una obra pueden repercutir en su comercialización, por lo menos, en apariencia, sirve para legitimar su tratamiento multilateral en una sede ajena a la OMPI. La inclusión de materias de propiedad intelectual en el marco de la OMC,

⁴⁵³ D. Sancho Villa, “Disposiciones generales y principios básicos del ADPIC”, *Pe.i. Revista de propiedad intelectual*, n° 5, 2000, pp. 65–88.

⁴⁵⁴ J. Watal, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer law International, 2001.

que significó algunas concesiones en otras áreas, como fue el caso de la agricultura, los textiles, constituía una herramienta útil para modernizar y endurecer la protección⁴⁵⁵ pues además de su relativamente fácil aprobación se beneficiaba, por ejemplo, a las exportaciones de los productos nacionales al amparo de tales derechos, el flujo de inversiones y tecnología extranjera⁴⁵⁶. En el ADPIC, a diferencia de los tradicionales tratados de propiedad intelectual abundantes en el reconocimiento de derechos, pero escasos en instrumentos coercitivos, cuentan con medios que impulsan su defensa y que imponen a los Estados una protección administrativa y judicial de esos derechos, que incluye los procedimientos y procesos administrativos, civiles e incluso penales (novedosa inclusión a esta escala), la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces, asimismo, medidas de frontera, de gran aplicación y efectividad como lo evidencia la práctica europea⁴⁵⁷, traslado de esta temática intelectual a la OMC, a la que coadyuvó la existencia de procedimientos para la efectividad jurídica del sistema, al procedimiento de solución de diferencias, los que estaban ausentes en la

⁴⁵⁵ Los países industrializados buscan ampliar el espacio económico de sus fabricantes, comerciantes, proveedores de servicios, inventores e inversionistas, los que debido a su baja tasa de crecimiento económico, y al crecimiento casi nulo de su población, tienen una limitada expansión de la demanda, ven en los países en desarrollo mercados potenciales muy atractivos, en los que se ofrecen mejores oportunidades para el sector de la tecnología y los titulares de derechos de propiedad intelectual de los primeros. B. Lal Das, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵⁶ Los países industrializados buscan ampliar el espacio económico de sus fabricantes, comerciantes, proveedores de servicios, inventores e inversionistas, los que debido a su baja tasa de crecimiento económico, y al crecimiento casi nulo de su población, tienen una limitada expansión de la demanda, ven en los países en desarrollo mercados potenciales muy atractivos, en los que se ofrecen mejores oportunidades para el sector de la tecnología y los titulares de derechos de propiedad intelectual de los primeros. B. Lal Das, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵⁷ *Vid.* E. Rengifo García, “Proyecto contra la falsificación de productos y la usurpación de marcas”, *Revista ANDI*, Medellín, n° 156, enero – febrero 1999, pp. 51–54.

OMPI. Ahora bien, la vocación de observancia de los derechos de propiedad intelectual en sede OMC, por los mecanismos coercitivos que establece, posibilita la adopción de represalias en un sector no relacionado con los derechos de propiedad intelectual⁴⁵⁸, cuando no se cumpla su normativa, pero también, como ya se ha materializado en la práctica (piénsese en Ecuador, en la diferencia plátanos⁴⁵⁹), la posibilidad de imponer sanciones cruzadas, puede legitimar el desconocimiento de tales derechos intelectuales, pues puede utilizarse como sanción por incumplimiento de otros Acuerdos⁴⁶⁰.

El ADPIC establece normas de protección de patentes, marcas y derechos de autor a objeto de evitar falsificaciones, plagios y

⁴⁵⁸ La exclusión de las industrias audiovisuales en el marco de acuerdos comerciales internacionales, por ejemplo, el TLCAN inicialmente negociado por Canadá y EEUU ha sentado como precedente, para otros acuerdos de libre comercio, como lo serían los concluidos en el marco de la OMC, la inclusión de la cláusula de “excepción cultural”, que surgió inicialmente como consecuencia de tal exclusión, que legitima la toma de represalias de igual efecto comercial.

⁴⁵⁹ Asunto Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de plátanos; WT/DS27, asuntos “Plátanos III”. El 8 de noviembre de 1999, Ecuador pidió la autorización del OSD, de conformidad con el artículo 22 del ESD, para suspender la aplicación a la Comunidad y a trece de sus Estados miembros de concesiones arancelarias y otras obligaciones conexas resultantes del ADPIC.

⁴⁶⁰ Resalta que las pretensiones de libre comercio que no han sido acompañado por una normativa directa y específica en la OMC sobre libre competencia, aunque sí se reconoce en determinadas parcelas (aproximación sectorial), por ejemplo, al incluirse una obligación de celebrar consultas en materia de prácticas comerciales restrictivas en el ADPIC (art. 40) y en el GATS (art. IX), además, algunos de los Acuerdos OMC contemplan normas con incidencia en esta materia, fundamentalmente en cuanto a acceso a mercados (*cf.* M. Montaña Mora, “La OMC y el derecho de la competencia: Hacia un derecho de la competencia mundial”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 200, abril–mayo 1999, p. 77). Sin embargo, un acuerdo en este ámbito en sede OMC posiblemente limitaría la capacidad de los países en desarrollo para determinar sus propias políticas en atención a sus realidades, objetivos y prioridades.

evasión de regalías. Todos los países en desarrollo han introducido, o lo están haciendo, cambios en sus legislaciones nacionales para poder cumplir con los requisitos (bastante sofisticados) de protección allí establecidos. Así, el artículo 8.2, englobado dentro de la parte primera del Acuerdo, dedicada a establecer los principios básicos, establece que “podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.” De manera más concreta, el art. 40, el cual integra la Sección 8ª de la parte II del Acuerdo, titulada “Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales,” establece que ninguna disposición del Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual con efectos negativos sobre la competencia. Además, establece un procedimiento en virtud del cual cualquier Miembro podrá solicitar consultas con otro Miembro cuando el primero tenga motivos para considerar que un titular de derechos de propiedad intelectual nacional del segundo o domiciliado en él realiza prácticas anticompetitivas, estando dicho Miembro obligado a cooperar con el primero y facilitarle la información públicamente disponible y no confidencial que sea pertinente.

En el art. 8 APDIC se reconoce como principio que podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología. En virtud de una disposición específica sobre el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (art. 40), los miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones

relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología y se estipula que ninguna disposición del Acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente, o de adoptar (de forma compatible con el Acuerdo) medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias. En el art. 31 se estipulan ciertas condiciones que deberán observar los miembros con respecto al uso de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno (es decir, licencias obligatorias o caducidad), y en particular un requisito de que se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del miembro que autoricen tales usos. Sin embargo, cuando se permita otro uso sin autorización del titular de los derechos para poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas, los miembros no estarán obligados a aplicar algunas de estas condiciones, entre ellas la condición relativa al abastecimiento principal del mercado interno.

En el Acuerdo sobre los APDIC se estipula también que, para los efectos de la solución de controversias, no se hará uso de ninguna disposición del Acuerdo (con cargo a las disposiciones sobre trato nacional y trato de la nación más favorecida) en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelec-

tual (art. 6)⁴⁶¹. Los derechos exclusivos de uso, venta, importación u otra distribución previstos para las patentes en el Acuerdo (art. 28) están sujetos a las disposiciones del art. 6. Las disposiciones del Acuerdo sobre los APDIC relativas al agotamiento de derechos deben leerse conjuntamente con el art. III y el párrafo 1 del art. XI GATT de 1994 (que ya están presentes en el GATT de 1947), que se refieren respectivamente al trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores y a prohibir en principio las restricciones cuantitativas impuestas por las Partes Contratante a las importaciones de productos de otra Parte Contratante o a la exportación con destino a otra Parte Contratante; estas disposiciones están sujetas a la cláusula de excepción general del art. 20 en relación con ciertos tipos de medidas, inclusive medidas “necesarias” para lograr la observancia de medidas legislativas internas “que no sean incompatibles” con el Acuerdo, tales como las relativas a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción.

En algunos países o en algunas regiones, el propietario de un derecho de propiedad intelectual no puede controlar la ulterior distribución de un producto protegido después de su primera venta en el mercado nacional, pero puede controlar la importación después de la primera venta en los mercados extranjeros. La compatibilidad de esta disposición con las exigencias del GATT de 1994 dependerá, en consecuencia, de si el derecho de impedir importaciones paralelas será necesario para asegurar el cumplimiento de la legislación relativa a los derechos de propiedad intelectual, y de si dicha legislación es compatible en tal sentido con el GATT de 1994.

⁴⁶¹ B. Conde Gallego, “El agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y del derecho de la libre competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 23, 2002, pp. 43–72.

III. Desarrollo de la cooperación en el marco de la OMC respecto a la interacción entre comercio y competencia

1. Introducción

Con la reducción de los obstáculos gubernamentales al comercio y la inversión, ha surgido una inquietud creciente frente a la posibilidad de que las ganancias derivadas de esa liberalización se frustren por prácticas anticompetitivas del sector privado. También se va entendiendo con mayor claridad que las políticas comerciales y de competencia que se apoyan mutuamente pueden contribuir a un desarrollo económico firme y que las políticas de competencia eficaces ayudan a velar por que los beneficios de la liberalización y las reformas basadas en el mercado lleguen a todos los ciudadanos. En diversos foros internacionales, entre ellos la OMC, se porfía sobre la oportunidad de crear una cooperación y una armonización de las normas de defensa de la competencia⁴⁶². Y, inevitablemente, en estas discusiones aparecen las contradicciones entre los preceptos que rigen en estos momentos algunas normas de política comercial multilateral y el objetivo esencial de la política de competencia cual es la contribución al bienestar económico de largo plazo⁴⁶³.

Aproximadamente entre 80 países Miembros de la OMC, entre los que se cuentan unos 50 países en desarrollo y en transición, han adoptado leyes en materia de competencia, denominadas tam-

⁴⁶² J.D. Richardson, "The Coming Competition Policy Agenda in the WTO", *Launching new global trade talks: an action agenda*, Institute for International, 1998.

⁴⁶³ N. Balzarotti, "Política de competencia internacional: cooperación, armonización y experiencia.", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 10, 2000, pp. 3-24.

bién leyes “antitrust” o “antimonopolio”. Lo habitual es que en estas leyes se prevean medidas correctivas aplicables a una variedad de prácticas anticompetitivas, por ejemplo, acuerdos de fijación de precios y otros acuerdos de cartelización, abusos de una posición dominante o monopolización, fusiones que limitan la competencia y acuerdos entre proveedores y distribuidores (“acuerdos verticales”) que cierran los mercados a nuevos competidores⁴⁶⁴. El concepto de “política” de competencia incluye leyes en la materia, además de otras medidas destinadas a promover la competencia en la economía nacional, como la reglamentación sectorial y las políticas de privatización.

El Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se estableció en la Conferencia Ministerial de Singapur, celebrada en diciembre de 1996, con la finalidad de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre estas dos esferas de política (como el mandato se originó en la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996, la cuestión del comercio y la política de competencia se caracteriza a veces como uno de los cuatro “temas de Singapur”)⁴⁶⁵. Otro hito significativo en el desarrollo de esta materia fue la Conferencia de la OMC de Seattle, que no sólo impulsó las ne-

⁴⁶⁴ Por ejemplo, la regulación actual de los acuerdos verticales en el Derecho europeo de la competencia experimenta de una contradicción interna ya que parte de su prohibición y, por tanto, de la necesidad de que estén justificados en razones de eficiencia económica para que puedan ser calificados como lícitos. Semejante régimen jurídico se explica únicamente porque se atribuye al Derecho de la competencia europeo la función de promover la unidad de mercado en Europa frente a barreras no sólo públicas sino también resultantes de acuerdos privados. *Vid.* J. Alfaro Águila–Real, “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *Derecho de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 229, 2004, pp. 51–67.

⁴⁶⁵ M. Azpiroz Garmendia y G. Verhoosel, “El debate sobre el comercio y competencia en la Organización Mundial del Comercio”, *Anuario de la Competencia*, n° 1, 2000, pp. 233–258.

gociaciones de la denominada “Ronda del Milenio”⁴⁶⁶, sino que impulsó la confección de una armonización en profundidad de las normas sobre competencia⁴⁶⁷. En los contactos mantenidos después de Seattle con ministros de países desarrollados y en vías de desarrollo se suscitó sistemáticamente la necesidad de poner en marcha negociaciones en la OMC sobre un marco básico de normas multilaterales sobre competencia. En este contexto se han subrayado dos ideas de base. En primer lugar, la necesidad de reforzar la cooperación internacional en una economía globalizada para abordar las prácticas empresariales anticompetitivas de dimensión internacional. En segundo lugar la necesidad de establecer una base sólida para tal cooperación reforzada a través de un marco básico de normas que complementen las disciplinas de la OMC sobre liberalización comercial.

Un número significativo de países (tanto desarrollados como en vías de desarrollo) apoya las negociaciones de la OMC sobre un acuerdo básico multilateral sobre competencia. Esto incluye a todos los países europeos, a Canadá, Japón, Corea, Sudáfrica, y varios países de América Latina como Chile o Brasil. Sin embargo los EE UU han sido hasta la fecha escépticos en cuanto a un planteamiento multilateral de la competencia. Por su parte, la UE favorece un planteamiento realista del desarrollo de disciplinas multilaterales sobre competencia. Un acuerdo en la OMC debería esencialmente centrarse en un grupo de principios de base en las leyes de competencia nacionales como la no discriminación y la transparencia y la prioridad particular a la lucha contra cárteres incondicionales, modalidades para la cooperación internacional en relación con prácticas anticompetitivas de dimensión internacional y

⁴⁶⁶ E. Fox, “Competition Law and the Millennium Round”, *Journal of International Economic Law*, vol. 2, n° 4, 1999, pp. 659–665.

⁴⁶⁷ N. Ligneul, “Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive”, *Rev. du Marché Commun et de l’Union européenne*; n° 430, 1999, pp. 458–463.

el apoyo al refuerzo progresivo de las estructuras de competencia en los países en vías de desarrollo. Tal planteamiento también garantizará una cooperación internacional más efectiva para abordar las prácticas anticompetitivas de las multinacionales.

El planteamiento anterior comporta otro importante elemento: que las leyes de competencia deberían aplicarse de forma neutra a todas las empresas (o acuerdos entre empresas) que tienen una posición de poder de mercado, independientemente de su nacionalidad.

La Declaración de Doha de 2001 establece que “después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones [es decir, la manera en que habrán de desarrollarse las negociaciones].” La parte final de la frase, que se refiere a negociaciones, fue extensamente debatida y refleja la amplia variedad de aspectos que son sensibles para los países Miembros de la OMC.

En el período que culmina en la Conferencia Ministerial de Cancún de 2003, conforme requería la Declaración de Doha, el Grupo de Trabajo centró sus trabajos en la aclaración de lo siguiente:

i) Principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos (es decir, grupos de empresas que fijan secretamente los precios).

ii) Maneras de organizar la cooperación voluntaria sobre política de competencia entre los gobiernos Miembros de la OMC⁴⁶⁸.

iii) Apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.

La Declaración dice que la labor debe tener plenamente en cuenta las necesidades de desarrollo. Ello incluye la cooperación técnica y la creación de capacidad en temas como el análisis y la formulación de políticas, a fin de que los países en desarrollo estén en mejores condiciones para evaluar las consecuencias de una cooperación multilateral más estrecha en varios objetivos de desarrollo. También está incluida la cooperación con otras organizaciones, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

⁴⁶⁸ “Los instrumentos de cooperación voluntaria que se incorporarían a un marco multilateral con arreglo a esta propuesta eran de orden práctico y se basaban en la experiencia de la cooperación bilateral. Un primer instrumento esencial era la notificación, por la cual un país informaría a otro de ciertos casos que afectaban a los intereses importantes de este último. Luego estaba el intercambio de información distinto de las notificaciones, con el objeto de facilitar las actividades de observancia en cada una de las partes. Un tercer instrumento estaba vinculado al suministro recíproco de asistencia en el proceso de observancia. Por último, el acuerdo propuesto dispondría: i) el principio de cortesía tradicional o negativa, es decir que un país tendría en cuenta los intereses importantes de otros países afectados al adoptar una decisión respecto de un caso; y ii) la cortesía positiva, según la cual un país aplicaría medidas coactivas toda vez que lo solicite otro país afectado por prácticas anticompetitivas originadas en el territorio del primero. Todos estos instrumentos existían ya en los acuerdos bilaterales en los que algunos Miembros eran partes; lamentablemente, sin embargo, en su mayoría los países en desarrollo estaban excluidos de las ventajas que estos acuerdos aportaban” (OMC: “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”, WT/WGTCP/6, 9 de diciembre de 2002, p. 30).

Uno de las cuestiones de mayor interés se refiere a los cárteles internacionales intrínsecamente nocivos. Se estima que la fijación colusoria de precios a través de las fronteras eleva los costos para los consumidores (incluidas las empresas) entre un 20 y un 40 por ciento. En el decenio de 1990, se constató que funcionaban cárteles internacionales en un gran número de ramas de producción, entre ellas las de electrodos de grafito, vitaminas, ácido cítrico, tubos de acero sin soldadura, lisina y bromo. Los países en desarrollo, que importaron grandes cantidades de estos productos, pagaron miles de millones de dólares de recargo. Como los países tropiezan con grandes dificultades para combatir estos cárteles por sí solos, la cooperación internacional es crucial para hacer frente a este fenómeno de forma eficaz.

En el curso de los preparativos para la Conferencia de Cancún, los Miembros desarrollados y un cierto número de países en desarrollo han destacado la lucha contra los cárteles como una razón para el establecimiento de un marco de la OMC en esta esfera, además de para apoyar la aplicación por los países Miembros de políticas nacionales eficaces en materia de competencia y potenciar la contribución general de la política de competencia al sistema multilateral de comercio. Por otra parte, distintos países en desarrollo siguen expresando sus preocupaciones por las cargas adicionales que podría ocasionar un nuevo acuerdo de la OMC, especialmente para los Miembros que en la actualidad carecen de leyes en materia de competencia.

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

En las deliberaciones mantenidas hasta la fecha en el Grupo de Trabajo⁴⁶⁹ sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se han destacado dos elementos principales que constituyen modalidades de cooperación voluntaria y podrían incorporarse en un marco multilateral sobre política de competencia: i) cooperación en casos concretos, con inclusión de notificaciones, consultas y asistencia mutua; y ii) cooperación en el sentido de intercambio de información y experiencias, y análisis/debates de cuestiones de interés común⁴⁷⁰. En consonancia con este enfoque, en una contribución hecha recientemente por un Miembro en relación con este tema se ponen de relieve, bajo el epígrafe “modalidades de cooperación internacional”, los dos elementos siguientes: i) disposiciones destinadas a facilitar la cooperación en casos concretos referentes a prácticas anticompetitivas que tengan efectos en el comercio internacional; y ii) disposiciones relativas a intercambios generales de información/experiencias y al análisis conjunto de cuestiones mundiales referentes a la competencia relacionadas con el comercio, posiblemente en un Comité de Política de Competencia de la OMC que se establecería una vez acordado un marco.

⁴⁶⁹ Sobre el grupo de trabajo *vid.* A. Heinemann, “Intellectual Property Rights and Competition Policy – The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition”, R. Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Berna 1999, pp. 299 ss; Giner Parreño, C.A.: “Algunas claves de las actividades del grupo de trabajo de la OMC sobre interacción entre el comercio y la política de competencia”, *Anuario de Competencia*, n° 1, 1998, pp. 241–258..

⁴⁷⁰ Informe (2001), párrafos 55 a 57; véanse asimismo las contribuciones de Suiza (W/151), la Comunidad Europea y sus Estados miembros (W/152), el Canadá (W/155), el Japón (W/156), la República Checa (W/165), el Canadá (W/174) y la Comunidad Europea y sus Estados miembros (W/184).

Bajo el epígrafe “cooperación en casos concretos” se incluirían los siguientes elementos: a) Intercambio de información y pruebas sobre casos concretos, y b) Consultas e intercambios de opiniones sobre asuntos que afecten a intereses comerciales importantes de otros Miembros de la OMC.

Al desarrollarse estos elementos en la contribución, se sugiere que los Miembros de la OMC deberían informar a los demás Miembros que tengan intereses comerciales importantes que puedan verse afectados por las investigaciones y los procedimientos emprendidos en el marco de sus leyes en materia de competencia. Del mismo modo, con arreglo a las modalidades propuestas, un Miembro de la OMC podría señalar a la atención de otras pruebas de una práctica anticompetitiva que tenga efectos en su comercio o en sus inversiones y pedir información sobre cualquier posible investigación en materia de competencia relacionada con esas prácticas. En el marco de consultas, los Miembros podrían también pedir asistencia al país de origen de una empresa transnacional extranjera en relación con una investigación en curso en materia de competencia y/o pedir información que pudiera facilitar las actividades de aplicación de las leyes pertinentes con respecto a cárteles internacionales de importación o de exportación. Las consultas brindarían también la oportunidad de intercambiar puntos de vista sobre análisis de mercado pertinentes o posibles recursos. Como un último aspecto de la cooperación en casos concretos, en la comunicación se señala que un acuerdo de la OMC podría incluir también principios de “cortesía internacional negativa”: un Miembro de la OMC debería tener en cuenta intereses comerciales importantes y claramente manifestados de los demás Miembros antes de adoptar medidas en casos concretos.

Con respecto a la cooperación en el sentido de intercambios generales de información y experiencias se prevén las siguientes actividades: a) intercambios de información sobre las leyes, las prácticas y los acontecimientos de cada país mediante el establecimiento de “centros de contacto” en los organismos encargados

de la competencia de cada Miembro de la OMC; b) intercambios de experiencias y análisis sobre problemas de política de competencia que tengan efectos en el comercio internacional; c) “exámenes por homólogos”, de carácter voluntario, de las políticas de los Miembros de la OMC en materia de competencia; d) análisis conjuntos y debates acerca de los problemas mundiales referentes a la competencia que afecten al comercio internacional y la economía mundial. Un posible instrumento para facilitar esos análisis sería la elaboración de un informe periódico sobre las principales novedades en materia de política de competencia que repercutan en el comercio internacional y la economía mundial.

Con arreglo a la propuesta del Miembro, las funciones citadas serían desempeñadas por un Comité de Política de Competencia de la OMC, o bajos sus auspicios, que se establecería tras la conclusión de un acuerdo sobre la competencia.

Sobre la base de las deliberaciones mantenidas hasta la fecha en el Grupo de Trabajo, cabe hacer cuatro observaciones más sobre el carácter y el alcance de las actuales propuestas relativas a las “modalidades de cooperación voluntaria”. En primer lugar, la aplicación de las modalidades de cooperación propuestas no se circunscribiría a casos de cárteles intrínsecamente nocivos. Antes bien, se dispondría de las modalidades con respecto a la mayoría o la totalidad de los tipos de infracciones de la legislación sobre competencia, con inclusión de cárteles, abuso de la posición dominante cuando excluye del mercado, y otras prácticas. En segundo lugar, la cooperación prevista tendría realmente un carácter voluntario y, por consiguiente, no estaría sujeta al mecanismo de solución de diferencias. No obstante, el marco contendría un compromiso de consultarse y de buscar soluciones mutuamente aceptables en casos de prácticas anticompetitivas de dimensión internacional. En tercer lugar, las disposiciones en materia de cooperación no exigirían el intercambio de información confidencial o sujeta a protección legal. En cuarto lugar, las disposiciones en materia de cooperación que quedaran incorporadas a un marco multi-

lateral sobre política de competencia tendrían por objeto coexistir con los acuerdos de cooperación existentes a nivel bilateral y regional, no sustituirlos. Las partes en el marco propuesto seguirían teniendo libertad para concluir acuerdos de cooperación más intensivos con interlocutores individuales cuando así lo desearan.

La cooperación en un determinado marco de la OMC tendría esencialmente un carácter progresivo y se conseguiría paso a paso. La primera fase del ejercicio sería ampliamente educativa, y se concentraría en el desarrollo de la capacidad de exigir el cumplimiento. La característica primaria de la segunda fase sería el desarrollo y la aplicación de los procedimientos de notificación. Un Miembro que iniciara una investigación que pudiera afectar a los intereses importantes de otro Miembro debería hacer la notificación a este último en una fase apropiada de la investigación. Pasos más significativos hacia la intensificación de la cooperación internacional serían la coordinación de las medidas de acción contra los cárteles internacionales y el desarrollo de un enfoque común con respecto a las cuestiones de procedimiento en el examen de las fusiones. Este último paso pretendería minimizar los costos de las transacciones para obtener las aprobaciones necesarias de un plan de fusiones en jurisdicciones diferentes.

Como un ejemplo más de posibles modalidades de cooperación voluntaria que cabría incluir en un marco multilateral sobre política de competencia se ha hecho referencia al capítulo sobre política de competencia del reciente Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Costa Rica. El Acuerdo contiene disposiciones sobre principios generales acerca de legislación/política en materia de competencia; cooperación; confidencialidad; asistencia técnica; y consultas entre las autoridades competentes. Se ha sugerido que en el Acuerdo se dé un ejemplo práctico de los tipos de cooperación con los que se podría hacer frente a los efectos perjudiciales de prácticas anticompetitivas en relación con el comercio y el desarrollo, incluso entre países con diferentes niveles de desarrollo.

En torno a los posibles beneficios de las modalidades de cooperación voluntaria propuestas, se ha expresado la opinión de que un marco multilateral sobre política de competencia podría representar una clara y valiosa contribución a la mejora de la colaboración internacional en la esfera de la política de competencia, al permitir que los Miembros de la OMC trataran con mayor eficacia las prácticas anticompetitivas que afectan a su comercio y su desarrollo⁴⁷¹.

Más concretamente, se ha sugerido que las modalidades de cooperación voluntaria facilitarían la lucha contra prácticas anticompetitivas que malogran el comercio y el desarrollo, al ofrecer, por ejemplo: i) una mayor disponibilidad de información en casos de prácticas anticompetitivas; ii) consultas entre organismos encargados de la competencia a fin de abordar mejor las prácticas anticompetitivas motivo de preocupación común y resolver los conflictos de jurisdicción mediante la aplicación de principios de cortesía internacional; y iii) nuevos procedimientos de intercambio de experiencias nacionales y perspectivas sobre la política de competencia, como el examen por homólogos.

⁴⁷¹ “Además de las ventajas potenciales del fortalecimiento de las medidas disuasorias contra las prácticas anticompetitivas, la aplicación de un marco multilateral sobre política de competencia tiene otra consecuencia importante relacionada con las necesidades de recursos. Los Ministros han reafirmado en la OMC la importancia y la necesidad de incrementar las actividades de asistencia técnica y creación de capacidad para los organismos encargados de la competencia en las economías en desarrollo. En la medida en que un marco multilateral sobre política de competencia contenga compromisos de intensificación de esas actividades, podrá reforzar ulteriormente las ventajas de la adopción de ese marco en jurisdicciones sin un régimen de competencia consolidado. Además, esos compromisos podrían permitir a los países sin experiencia en la aplicación de legislación sobre competencia aprovechar los conocimientos de sus colegas de jurisdicciones con regímenes de competencia activos” (OMC: “Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia, WT/WGTCP/W/228, 19 de mayo de 2003, n° 255).

La promoción de la cooperación a nivel multilateral podría tener también efectos positivos en los procesos internos de adopción de decisiones en relación con la aplicación de la política de competencia. En particular, al conocer mejor las experiencias de otros Miembros y entrar en contacto con las mejores prácticas, los Miembros obtendrían valiosas ideas que darían nuevo vigor a sus esfuerzos encaminados a la reforma interna. Se ha sugerido asimismo que un marco multilateral podría reforzar la eficacia de los programas de creación de capacidad institucional en la esfera de la política de competencia al proporcionar un contacto directo con las mejores prácticas para abordar casos transfronterizos. En ese marco los programas de asistencia técnica podrían gozar de mayor prioridad y centrarse más en las necesidades de los países beneficiarios. Un marco de cooperación podría asimismo contribuir a fomentar una cultura de la competencia.

Se ha señalado también que un marco multilateral sobre cooperación en esta esfera no convertiría en modo alguno los mecanismos de cooperación existentes en algo superfluo. Por el contrario, se ha expresado la opinión de que las disposiciones a nivel bilateral, regional y multilateral, lejos de ser mutuamente exclusivas, son de carácter complementario. Por ejemplo, los acuerdos bilaterales y regionales pueden ser útiles para facilitar mayores niveles de cooperación entre países con intereses complementarios. En este contexto, se ha sugerido que un marco de la OMC permitiría compartir más ampliamente los beneficios de los acuerdos bilaterales y regionales ya existentes, en particular con los países en desarrollo, y funcionaría como una “red de seguridad” en el sentido de que se contaría con él cuando no se contara con otros acuerdos o disposiciones.

Preguntas formuladas y preocupaciones expresadas en relación con las disposiciones sobre cooperación propuestas, y respuestas dadas a las mismas

En el Grupo de Trabajo se han formulado preguntas y expresado preocupaciones, y se han dado respuestas, en relación con las modalidades de cooperación voluntaria propuestas. Nos referimos a continuación a algunas de ellas. En primer lugar, se ha preguntado si las modalidades de cooperación propuestas requerirían que cada uno de los Miembros de la OMC participantes promulgara legislación nacional sobre competencia y estableciera un organismo competente en la materia. Se ha formulado una serie de objeciones a una obligación de ese tipo; por ejemplo, se ha expresado la opinión de que con ello no se tendrían debidamente en cuenta la divergencia y la diversidad de los objetivos de la política de competencia y los instrumentos de aplicación entre los distintos Miembros de la OMC. Se ha respondido que la cooperación en asuntos de política de competencia sólo es posible cuando existe un régimen de competencia arraigado, con inclusión de legislación en la materia y un organismo nacional con facultades suficientes para aplicarla eficazmente. No obstante, se ha hecho también hincapié en que, los términos del marco multilateral propuesto podrían permitir flexibilidad suficiente para conciliar las diferencias existentes entre los distintos enfoques nacionales de la política de competencia y entre las estructuras institucionales / constitucionales. Con respecto a la especial situación de las pequeñas economías insulares, se ha señalado que los enfoques regionales de la aplicación de la legislación sobre competencia, en contraposición a los enfoques nacionales, tienen ventajas potenciales que deben tomarse en consideración.

En relación con el carácter voluntario que se ha propuesto tengan las disposiciones sobre cooperación que habría de contener el marco, se ha preguntado si los instrumentos voluntarios de cooperación abordarían de manera eficaz los problemas y las preocupaciones de los países en desarrollo en la esfera de las prácticas anti-competitivas. En respuesta, se ha expresado la opinión de que, aun cuando la cooperación siguiera siendo en definitiva de carácter voluntario, el marco propuesto conduciría a una mejora significa-

tiva del entorno de cooperación entre los países participantes y aumentaría los incentivos de esa cooperación. Si una solicitud de cooperación es razonable y está debidamente motivada, no es probable que las autoridades encargadas de las cuestiones de competencia participantes se nieguen a examinarla con ánimo favorable, excepto en circunstancias excepcionales. Se ha sugerido asimismo que el carácter voluntario de la cooperación es una protección importante para las autoridades encargadas de las cuestiones de competencia en los países en desarrollo, que podrían carecer de recursos adecuados para atender todas las solicitudes que pudieran recibir.

Se han expresado dudas en cuanto a la utilidad de modalidades de cooperación circunscritas al intercambio de información no confidencial relacionada con casos concretos. Por otra parte, se ha preguntado por qué hace falta acuerdo alguno si la cooperación queda limitada a la información no confidencial, accesible ya al público, por ejemplo, en los sitios Web de los organismos encargados de las cuestiones de competencia. En respuesta, se ha señalado que es preciso distinguir entre las distintas categorías de información: información que no es de dominio público, como los secretos comerciales, que no puede intercambiarse en el marco de la mayoría de los instrumentos sobre cooperación vigentes; información que no es de dominio público, que puede compartirse mediante esos instrumentos y facilita los procesos de aplicación de las leyes, como los análisis jurídicos o económicos realizados por un organismo en su evaluación de determinadas prácticas, o el simple hecho de que esté en curso una investigación; y la información de dominio público, como la disponible en Internet, que está al alcance de todo el mundo. Es posible que haya mucha información valiosa en la segunda categoría, es decir, información que no es confidencial en un sentido jurídico, pero de la que no puede disponerse en general. La experiencia del funcionamiento de los acuerdos de cooperación existentes a nivel bilateral parece indicar que esos acuerdos han sido valiosos y han conducido a una

fructífera cooperación, pese a que en la mayoría de ellos no se prevé el intercambio de información confidencial. Se ha señalado también que en muchos casos las partes en el acuerdo pueden convenir en una exención que permita el intercambio de información confidencial, aunque no estén obligadas a hacerlo, lo que puede reportar importantes beneficios.

Aparte de las preguntas relacionadas con la voluntariedad y el carácter de la información que se intercambiaría, se ha planteado la cuestión de cómo se aplicaría un acuerdo sobre cooperación internacional a países en diferentes fases de desarrollo y con distintos grados de experiencia y capacidad institucional en esta esfera, y qué beneficios reportaría a esos países. En respuesta, se ha expresado la opinión de que esas consideraciones no representan un obstáculo para la adopción de un marco multilateral, ni disminuyen su conveniencia, ya que: i) el marco propuesto no requeriría un enfoque armonizado y en él se atribuiría considerable importancia a la necesidad de flexibilidad y progresividad; ii) en este contexto, podría llevarse a cabo una cooperación importante y valiosa; y iii) el marco propuesto incorporaría también importantes compromisos en materia de asistencia técnica y creación de capacidad institucional, con el fin de abordar con el tiempo las diferencias existentes con respecto a las capacidades institucionales.

Se ha preguntado si la cooperación a nivel bilateral o regional sería suficiente para hacer frente a los efectos perjudiciales de las prácticas anticompetitivas observados en el comercio internacional y/o en el desarrollo. Las posibles ventajas de esos enfoques que deben tenerse en cuenta incluyen la reducción del tiempo de negociación y el nivel más elevado de las normas de cooperación que podrían aplicarse en un contexto bilateral o regional. En respuesta, se ha señalado que, aun reconociendo los importantes beneficios que pueden lograrse mediante los acuerdos bilaterales de cooperación, existen importantes razones prácticas y sustantivas para elaborar un acuerdo multilateral. Para empezar, no es probable que los cárteles internacionales y demás prácticas anticompeti-

tivas respeten los territorios claramente definidos abarcados por los acuerdos bilaterales. Más bien tienden a actuar de manera estratégica y a explorar grietas entre los acuerdos regionales y bilaterales pertinentes. Sólo si disponen de una red adecuada que cubra todas las posibles esferas, es decir, un marco multilateral, podrán los Miembros impedir esa conducta. Por otra parte, para muchos países habrá importantes limitaciones operativas con respecto al número de acuerdos bilaterales o de otro tipo que puedan concluir. En esas circunstancias, un acuerdo multilateral podría ser un instrumento eficaz para facilitar una cooperación significativa. Se podría establecer también una cooperación más intensa con interlocutores individuales, si así se deseara. Se ha observado asimismo que el número de acuerdos bilaterales es limitado y que esos acuerdos se basan en el interés mutuo y la reciprocidad. Para estimular la cooperación entre países con diferentes niveles de desarrollo es preciso ir más allá de un enfoque puramente bilateral o regional.

Se han expresado preocupaciones en cuanto a que el sistema propuesto de notificación de las medidas encaminadas a aplicar la legislación en materia de competencia sobre una base multilateral sea gravoso e inviable. Por otra parte, podría ser incompatible con las prescripciones nacionales de confidencialidad y menoscabar seriamente la eficacia de esas medidas. En respuesta, se ha sugerido que puede idearse un sistema de notificación que evite toda carga administrativa indebida. Es evidente que el sistema debe también estar en conformidad con las prescripciones nacionales de confidencialidad. Ahora bien, puede intercambiarse gran cantidad de valiosa información sin infringirlos. No obstante, se ha admitido que debían evitarse las cargas indebidas relacionadas con el proceso de notificación.

Se ha planteado la cuestión de cómo se aplicaría el principio NMF a las disposiciones sobre cooperación si ésta había de ser voluntaria. En particular, se ha preguntado si tendría que accederse a todas las peticiones de cooperación sobre la base de ese prin-

cipio, independientemente de los recursos con que contara el organismo competente al que se dirigieran las peticiones y las necesidades en materia de recursos relacionadas con cada petición. Se ha respondido que tal vez se necesitaran directrices al respecto. En principio, podrían incorporarse al marco multilateral propuesto salvedades adecuadas para garantizar que los países en desarrollo u otros países no se vieran obligados a cooperar cuando ello fuera incompatible con importantes intereses propios. Los Miembros no estarían obligados a pedir cooperación en la OMC ni tampoco a prestar cooperación en contra de sus propios intereses.

Se han expresado asimismo preocupaciones en cuanto a si la cooperación internacional requeriría una reducción de las diferencias existentes en las leyes sustantivas, las interpretaciones y los procedimientos en materia de competencia y entrañaría, por tanto, un grado indeseable de armonización de los enfoques nacionales de la política de competencia. En respuesta, se ha señalado que la experiencia de los Miembros que son ya parte en acuerdos de cooperación a nivel bilateral o regional indica claramente que una cooperación eficaz no requiere la armonización de las leyes sustantivas y de las políticas de aplicación. Por ejemplo, se ha indicado que las autoridades encargadas de las cuestiones de competencia de los EE UU, la Comunidad Europea y el Canadá mantienen estrechas relaciones de trabajo y una beneficiosa cooperación en muchos casos, pese a las claras e importantes diferencias existentes entre las leyes sustantivas en materia de competencia de las tres jurisdicciones. No obstante, se ha señalado también que la cooperación tiende con el tiempo a fomentar cierto grado de convergencia no obligatoria o “fácil” de los enfoques sustantivos con respecto a la política de competencia sobre la base de la experiencia compartida con respecto a cuestiones y casos concretos.

Una primera vía de actuación puede encontrarse en uno de los principios tradicionales del sistema GATT, a saber, el principio de no discriminación plasmado en las cláusulas de nación más favorecida y trato nacional, el cual podría ser de aplicación en situa-

ciones en que las normas sobre competencia de un Miembro, o la aplicación práctica de dichas normas, diera lugar a una discriminación entre bienes y servicios o los nacionales de diferentes Miembros de la OMC. A este respecto, vale la pena recordar que las mencionadas cláusulas han sido recogidas en muchos de los acuerdos de la Ronda Uruguay, como por ejemplo, el GATS, el Acuerdo TRIPS, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Contratación Pública.

En segundo lugar, otro de los principios tradicionales del sistema GATT, esto es, el principio de transparencia, ha encontrado expresión en muchos de los acuerdos de la Ronda Uruguay, los cuales establecen la obligación de publicar y notificar las normativas y decisiones relativas a la materia cubierta por el acuerdo en cuestión, lo cual abre posibilidades de control adicionales. Además, tal como ya se ha señalado, durante la Ronda Uruguay se aprobó un Entendimiento relativo a la interpretación del art. XVII GATT, referente a las empresas comerciales del Estado, siendo una de sus finalidades mejorar la transparencia de las actividades de dichas empresas. El art. XVII GATT enuncia un compromiso (que ya existía antes de la Ronda Uruguay) asumido por cada Parte Contratante en el sentido de que las empresas del Estado o las empresas privadas a las que se concedan privilegios exclusivos o especiales (incluidas las entidades de comercialización) deberán ajustarse, en sus compras o sus ventas que entrañen importaciones o exportaciones, a los principios generales de no discriminación, ofreciendo a las empresas de las demás Partes Contratante las facilidades necesarias para que puedan competir por esas ventas o compras, a menos que se trate de productos que deban ser utilizados por los poderes públicos. En el Entendimiento relativo a la interpretación del art. XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 adoptado recientemente, se aclara, entre otras cosas, que el artículo se aplica a los derechos exclusivos o especiales, con inclusión de facultades legales o constitucio-

nales, en el ejercicio de los cuales influyan por medio de las compras o ventas sobre el nivel o la dirección de las importaciones o las exportaciones, pero que no se aplica a las compras hechas por la empresa interesada para su propio uso. Un objetivo fundamental del Entendimiento es aumentar la transparencia y fomentar la presentación de notificaciones relativas a dichas empresas al Consejo del Comercio de Mercancías.

Tercero, a pesar de que, como ya se ha indicado, la armonización de estándares en esta materia no figuraba en la agenda de la Ronda Uruguay, en algunos sectores específicos, como por ejemplo, en materia de monopolios y empresas comerciales del Estado, obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias, se establecieron estándares mínimos tendentes a evitar obstáculos innecesarios al comercio internacional. El ejemplo más significativo es el del art. VIII GATS, su anexo sobre Telecomunicaciones y los compromisos adquiridos por muchos Miembros en materia de servicios básicos de telecomunicaciones, los cuales establecen obligaciones específicas en materia de prácticas comerciales restrictivas. En dicho precepto se estipula que cada miembro se asegurará de que ningún proveedor monopolista de un servicio en su territorio actúe, al suministrar el servicio objeto de monopolio en el mercado pertinente, de manera incompatible con las obligaciones del miembro relativas al trato de la nación más favorecida a los servicios y a los proveedores de servicios de los países miembros y con los compromisos específicos (en materia de acceso a los mercados, trato nacional y otras obligaciones). Cuando un proveedor monopolista compita, directamente o por medio de una sociedad afiliada, en el suministro de un servicio que no está comprendido en el ámbito de sus derechos de monopolio y que esté sujeto a los compromisos específicos de un miembro, éste se asegurará de que ese proveedor no abuse de su posición monopolista para actuar en su territorio de manera incompatible con esos compromisos específicos. Estas disposiciones también se aplican a los casos de proveedores exclusivos de servi-

cios cuando un miembro, de hecho o de derecho, autorice o establezca un pequeño número de proveedores e impida en lo sustancial la competencia entre esos proveedores en su territorio. Conforme al art. IV se facilitará la creciente participación de los países en desarrollo miembros en el comercio mundial mediante compromisos específicos negociados en relación, entre otras cosas, con la mejora de su acceso a los canales de distribución y las redes de información.

En virtud del Anexo sobre telecomunicaciones, existen disposiciones específicas sobre el acceso a las redes y servicios de transporte de telecomunicaciones, y la utilización de los mismos, en las cuales se reconoce la doble función de las telecomunicaciones como sector independiente de actividad económica y medio fundamental de transporte de otras actividades económicas. Los miembros deben asegurarse de que se conceda a todo proveedor de servicios de otro miembro, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, para el suministro de cualquier servicio consignado en su Lista; y de que esos proveedores “tengan” dicho acceso y utilización, incluso asegurando que esos proveedores puedan comprar o arrendar y conectar el equipo terminal u otro equipo que esté en interfaz con la red y sea necesario para suministrar los servicios del proveedor, e interconectar circuitos privados con redes o servicios públicos. Sin embargo, las telecomunicaciones básicas quedan exentas del trato de nación más favorecida.

En virtud del Entendimiento relativo a los Compromisos en materia de Servicios Financieros los participantes en la Ronda Uruguay han quedado facultados para contraer compromisos específicos con respecto a los servicios financieros sobre la base de un enfoque alternativo, incluidos los compromisos relativos al acceso a los mercados y a la no discriminación. En el Entendimiento se estipula que se procederá a la enumeración de los derechos de monopolio vigente, y se pide que los miembros procuren eliminar-

los o reducir su alcance. Los miembros deben asegurarse que se otorgue a los proveedores de servicios financieros de cualquier otro miembro el trato de la nación más favorecida y el trato nacional en lo que respecta a la compra o adquisición en su territorio de servicios financieros por sus entidades públicas. Cuando se exija la afiliación a una organización o asociación, o su participación en ella, o cuando se otorguen privilegios o ventajas, los miembros se asegurarán que esas entidades otorguen un trato nacional a los proveedores de servicios financieros de cualquier otro miembro.

Hay que destacar que en el supuesto de que algún Miembro considerara que otro Miembro no cumple con las obligaciones contraídas en los acuerdos de la OMC, incluyendo las que se acaban de exponer, que otro Miembro aplica una medida, contraria o no a los acuerdos, o que existe cualquier otra situación que provoca una anulación o menoscabo de una ventaja resultante para dicho Miembro de los acuerdos o que compromete el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT, podría iniciar un procedimiento de solución de controversias ante el OSD de la OMC. Esto es justamente lo que hizo el gobierno de los EE UU en el asunto *Kodak-Fuji*, al que se ha hecho referencia anteriormente. Como se recordará, la reclamación estadounidense fue desestimada por el OSD.

3. Conferencia Ministerial de Singapur (1986) y los debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de competencia: la aproximación global

En el seno de la OMC no tardaría en sentirse la necesidad de abordar los problemas relacionados con el Derecho de la competencia desde una perspectiva global. La técnica de “aproximación sectorial” utilizada durante la Ronda Uruguay pronto dejaría paso a iniciativas de mayor calado. Así, en la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Singapur en diciembre de 1996 se decidió crear un “Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comer-

cio y Política de competencia” (en adelante, “el Grupo de Trabajo”) con el mandato de “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.”

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.”

Fiel al mandato recibido, durante los dos primeros años de funcionamiento el Grupo de Trabajo se ha limitado a examinar “el estado de la cuestión.” Hasta la presentación de su informe al Consejo General de la OMC en diciembre de 1998, el Grupo de Trabajo celebró siete reuniones formales en las que debatió las 104 contribuciones escritas presentadas por los Miembros y las informaciones proporcionadas por otras Organizaciones Internacionales con estatus de observadores, como la UNCTAD, la OCDE, el Banco Mundial y el FMI. Para facilitar los debates, el presidente del Grupo de Trabajo, el profesor Frédéric Jenny, preparó una lista de asuntos a estudiar, la cual constituyó el punto de partida de los trabajos futuros. En concreto, la “Checklist of issues suggested for Study” preparada por el presidente del Grupo de Trabajo incluía los siguientes puntos: I. Relación entre los objetivos, principios, conceptos, alcance e instrumentos de política comercial y de la competencia. Su relación con el desarrollo y crecimiento económico; II. Inventario y análisis de los instrumentos existentes, estándares y actividades relacionadas con el comercio y la política de competencia, incluyendo la experiencia en su aplicación: políticas, leyes e instrumentos nacionales de competencia y su relación con el comercio; disposiciones de la OMC existentes; acuerdos e iniciativas bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales; III. Interacción entre el comercio y la política de

competencia: el impacto de las prácticas anti-competitivas de las empresas y asociaciones sobre el comercio internacional; el impacto de los monopolios estatales, los derechos exclusivos y las políticas regulatorias sobre la competencia y el comercio internacional; la relación entre los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual y la política de competencia; la relación entre inversión y política de competencia; el impacto de la política comercial sobre la competencia; IV. Identificación de posibles áreas que puedan merecer consideración adicional en el marco de la OMC⁴⁷².

De hecho, el informe presentado al Consejo medida, contraria o no a los acuerdos, o que existe cualquier otra situación que provoca una anulación o menoscabo de una ventaja resultante para dicho Miembro de los acuerdos o que compromete el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT, podría iniciar un procedimiento de solución de controversias ante el OSD de la OMC. Esto es justamente lo que hizo el gobierno de los EE UU en el asunto *Kodak-Fuji*, al que se ha hecho referencia anteriormente. Como se recordará, la reclamación estadounidense fue desestimada por el OSD. Es bien sabido que una de las particularidades del GATT es que al amparo del art. XXIII pueden iniciarse procedimientos de solución de controversias en relación a prácticas comerciales de otros Miembros que no infringen ninguna obligación, pero que anulan o menoscaban alguna ventaja resultante de los acuerdos para el Miembro reclamante o comprometen el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT (son las llamadas “reclamaciones sin infracción”).

Para facilitar los debates, el presidente del Grupo de Trabajo, el profesor Frédéric Jenny, preparó una lista de asuntos a estudiar, la cual constituyó el punto de partida de los trabajos futuros.⁶⁹ De

⁴⁷² Vid. WTO, Report (1998) of the Working Group..., *op. cit.*, anexo 1.

hecho, el informe presentado al Consejo General el pasado mes de diciembre, está estructurado siguiendo los puntos de discusión sugeridos por el profesor Jenny. En su recomendación final al Consejo General de la OMC el Grupo de Trabajo sugirió que las discusiones futuras se centren en tres aspectos concretos, a saber: (i) la relevancia de los principios fundamentales de la OMC sobre trato nacional, transparencia y trato de nación más favorecida sobre la política de competencia y viceversa; (ii) maneras de promover la cooperación y comunicación entre Miembros, incluyendo el campo de la cooperación técnica; y (iii) la contribución de la política de competencia a la consecución de los objetivos de la OMC, incluyendo la promoción del comercio internacional.

Siguiendo la sugerencia del Grupo de Trabajo, en diciembre de 1998 el Consejo General decidió que el Grupo de Trabajo prosiguiera su labor “educativa” centrándose en los tres aspectos anteriores. En cumplimiento del mandato recibido, durante el año 1999 el Grupo de Trabajo celebró tres reuniones formales (19–20 de abril, 10–11 de junio y 14 de septiembre) en las que se debatieron las numerosas comunicaciones presentadas por los Miembros y por las Organizaciones Internacionales reconocidas como observadores (Banco Mundial, FMI, UNTAD y OCDE). Los resultados de dichas deliberaciones pueden sintetizarse del siguiente modo:

En primer lugar, algunas delegaciones cuestionan que sea necesario llegar a un acuerdo sobre esta materia en el marco de la OMC. A este respecto, argumentan que se ha exagerado la problemática que generan los carteles de exportación, carteles de importación, carteles internacionales y otras medidas restrictivas de la competencia. Desde esta perspectiva, estas prácticas no son suficientemente frecuentes ni significativas como para justificar que se ponga en marcha el aparato institucional de la OMC con el objetivo de alcanzar un acuerdo internacional en esta materia, el cual exigiría la promulgación de nuevas leyes por parte de muchos Estados que carecen de leyes de defensa de la competencia, con el coste y esfuerzo que ello comporta. A este respecto, se señaló que

sólo unos 70 países disponen actualmente de leyes de defensa de la competencia.

En segundo lugar, los países en vías de desarrollo han puesto el acento en los costes adicionales que se derivarían de la asunción de compromisos en esta materia. A este respecto, algunas comunicaciones reclamaron flexibilidad, períodos de transición, la progresividad de los compromisos y cooperación técnica, así como el derecho a mantener ciertos sectores excluidos.

En tercer lugar, tal como ya se ha apuntado, algunas delegaciones están intentando que el debate alcance una dimensión más amplia, al poner sobre la mesa la necesidad de que las deliberaciones incluyan aspectos como los derechos anti-dumping o las medidas de salvaguarda, con indudable incidencia en esta materia. Con carácter general, se pretende que los debates aborden todos los elementos anticompetitivos implícitos en las actuales disciplinas de la OMC. No obstante, dicha postura ha topado con la oposición de quienes consideran que ello excedería del mandato del Grupo de Trabajo y que dichas cuestiones han de ser abordadas en los Comités de los Acuerdos respectivos.

En cualquier caso, la opinión más generalizada parece ser la de quienes están de acuerdo en la necesidad de que la OMC prosiga el debate abierto sobre esta materia, sin perjuicio de las demás iniciativas puestas en marcha a nivel bilateral o regional. Además, los debates parecen reflejar un cierto consenso sobre la necesidad de que un eventual acuerdo se cimiente sobre los principios de no discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida) y transparencia y sobre la necesidad de exigir que todos los Miembros se doten de leyes sobre defensa de la competencia que prevean procedimientos administrativos y judiciales justos y transparentes. Por lo demás, se ha destacado la interrelación existente entre estos principios, ya que si se lograra un alto grado de transparencia ello haría más difícil que una autoridad encargada de la defensa de la competencia discriminara de una manera constante du-

rante cierto período de tiempo, ya que se sabría públicamente y su posición acabaría siendo insostenible. En cambio, no parece existir una buena predisposición a incluir el concepto de “cortesía positiva, “ya que algunas delegaciones consideran que ello podría suponer un pesado lastre para las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir el Derecho de la competencia.

A la hora de hacer una valoración de las posibles enseñanzas que la OMC podría extraer de la regulación de la competencia en la UE, no hay que perder de vista las siguientes consideraciones, las cuales son útiles para encuadrar debidamente los términos del debate: (i) mientras que la UE es una Organización Internacional de integración – si es que se le puede seguir llamando así – la OMC es una Organización Internacional de cooperación, con unos objetivos mucho más limitados; (ii) mientras que en la UE la política de competencia ha sido utilizada como un instrumento de política industrial, especialmente a nivel sectorial, los debates del Grupo de Trabajo de la OMC apuntan a que uno de sus objetivos será justamente limitar las distorsiones que la utilización de la política de competencia como instrumento de política industrial provoca en el comercio internacional; (iii) mientras que la UE ha creado un cuerpo de Derecho de la competencia uniforme y directamente aplicable en los Estados Miembros, los trabajos de la OMC indican que, a corto plazo, como mucho se llegará a un acuerdo sobre el establecimiento de unos estándares mínimos comunes (principio de trato nacional, principio de nación más favorecida y principio de transparencia) y a la prohibición de las prácticas más claramente contrarias al Derecho de la competencia; (iv) mientras que en la UE la aplicación del Derecho de la competencia comunitario se ha llevado a cabo por parte de una autoridad supranacional, los debates de la OMC revelan que la mayoría de delegaciones no están preparadas para aceptar esta opción en el seno de la OMC, de modo que lo más previsible es que la aplicación del Derecho de la competencia quede en manos de las autoridades nacionales.

Por último, parecen necesarias unas reflexiones finales sobre hacia dónde apuntan los trabajos de la OMC en materia de competencia. A la vista de los debates del Grupo de Trabajo, es previsible una doble orientación. Por una parte, una profundización de la “aproximación sectorial” mediante la inclusión de compromisos específicos en los acuerdos multilaterales y plurilaterales que regulan los diversos sectores, en la línea iniciada por el Acuerdo TRIPS y el GATS en la Ronda Uruguay. Por otra parte, la posibilidad de celebrar un acuerdo multilateral o, preferiblemente, plurilateral específicamente en materia de competencia a medio plazo que como mínimo contenga las obligaciones de trato de nación más favorecida y trato nacional, intente establecer estándares comunes en materia de prácticas permitidas y condiciones para la concesión de exenciones, establezca procedimientos de cooperación, coordinación e intercambio de información de alcance general y mejore la transparencia de las políticas y prácticas de los Miembros en materia de competencia parece una hipótesis plausible. Por el contrario, teniendo en cuenta la importancia de la política de competencia como instrumento de política industrial y el necesario margen de discrecionalidad que ello comporta, así como la diversidad de lógicas a que responden las políticas de competencia de los principales actores del comercio internacional, la posibilidad de celebrar un acuerdo multilateral que responda al modelo del Código de Munich de 1993 parece una utopía, al menos a corto y medio plazo.

4. El Derecho de la competencia en el sistema de arreglo de diferencias de la OMC

El arreglo de los litigios de la competencia necesita el recurso dentro del marco de una investigación detallada por una difícil labor de recolección de los hechos y de los datos y para un análisis casuístico económico sofisticado. Ahora bien, para los litigios sujetos al sistema de la OMC, la cuestión que se plantea es esencialmente la de saber en qué medida las leyes nacionales de un

Estado se conforman a sus obligaciones con respecto a la OMC. Además, dudas han sido expresadas sobre la capacidad de los miembros del Panel de la OMC, para adquirir la competencia necesaria para tratar los problemas de competencia de naturaleza compleja que necesitan el recurso al dominio de nociones económicas⁴⁷³.

Ese obstáculo puede solucionarse mediante el nombramiento de los expertos. En virtud del reglamento de la OMC, el grupo especial puede, en caso dado, llamar a expertos. Es preciso constatar que temores del mismo género han sido formulados en el pasado para excluir el recurso al arbitraje comercial internacional, en materia de litigios relativos al derecho de la competencia: ahora bien, la evolución del derecho de arbitraje internacional, desde el fallo *Mitsubishi* emitido en 1985 por el Tribunal Supremo americano comprobó que dichos temores no quedan en lo sucesivo fundados; pero es cierto que los litigios de competencia que quedarían sujetos al mecanismo de arreglo de las diferencias de la OMC, tendrían una complejidad mucho mayor que los resueltos por el arbitraje del comercio internacional.. Es tentador constatar que una enorme diferencia separa la naturaleza de los litigios de la competencia en los dos casos. Creemos que la complejidad de los litigios antitrust no podría constituir un obstáculo serio al arreglo de los litigios antitrust, dado que el nivel de competencias y de formación de los miembros del Panel y el hecho de que buen número de diferencias comerciales se caracterizan por una complejidad siempre más creciente.

No hay un consenso en vista de determinar si el régimen ordinario de la OMC respecto al arreglo de las diferencias conviene también al derecho de la competencia. La opinión generalizada es

⁴⁷³ P.C. Mavrodís y S.J. Van Siclen, “The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues”, *JWT*, vol. 31, 1997, p. 5 ss, esp. p. 42.

que esas reglas no están apropiadas para el campo de la competencia. Antes de analizar esa tesis, recordemos que, según las reglas generales de la OMC, el “Memorándum de acuerdo sobre el arreglo de las diferencias” se aplica en principio a todos los acuerdos multilaterales, mientras que su aplicación a los acuerdos plurilaterales depende de una adopción por separado. Por consiguiente, si un acuerdo OMC sobre la competencia sería adoptado como acuerdo multilateral, la aplicabilidad del Memorándum de acuerdo sobre el arreglo de las diferencias sería la consecuencia lógica de ello. Recordemos igualmente que la existencia del notable mecanismo de arreglo de las diferencias era una de las razones para atribuir el acuerdo internacional del derecho de la competencia al sistema de la OMC⁴⁷⁴. ¿Cuáles son pues las razones que abogan a favor del escepticismo en cuanto a la aplicación del arreglo de las diferencias al derecho de la competencia? La razón principal proviene del temor de los Miembros de la OMC de que la aplicación del arreglo de las diferencias desemboque en un control supranacional de las decisiones individuales que las autoridades nacionales hayan tomado. Aún los Estados que en principio están a favor de un acuerdo de la OMC sobre la competencia no quieren ir tan lejos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Unión europea. Es preciso, sin embargo, conceder a dicha posición que la aplicación del derecho de la competencia se caracteriza – por lo menos en sus aspectos de derecho público – por cierta flexibilidad. Visto las capacidades limitadas y la necesidad de establecer prioridades, las autoridades nacionales no quedan sujetadas al principio de la legalidad, sino al principio de la oportunidad de las persecuciones. En consecuencia, tienen la posibilidad de perseguir ciertos comportamientos anticompetitivos y de quedar inactivas hacia otros. Algunos están de la opinión de que el principio de la oportunidad no

⁴⁷⁴ J.-F. Pons, “Is It Time for an International Agreement on Antitrust?”, en J. Drexler (ed.), *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, Berna, 2003, pp. 349 ss, esp. 351.

es conciliable con una aplicación del arreglo de las diferencias al derecho de la competencia.

Por esa razón, otros dispositivos de vigilancia son mencionados; citamos por ejemplo, las consultas entre los Estados, el arbitraje, la mediación, la instalación de un grupo de expertos permanente (según el modelo del art. 24 apartados 3 y 4 del Acuerdo sobre las subvenciones y las medidas compensatorias, o, en menor medida, del anexo 2 del Acuerdo sobre los obstáculos técnicos al comercio), una cooperación más estrecha de las autoridades nacionales o – globalmente – la asistencia técnica y el refuerzo de las capacidades. El instrumento más preconizado es, sin embargo, la creación de un mecanismo de examen por los pares (*peer review*). Tal mecanismo no apunta al respeto de obligaciones concretas, sino que busca a dar un análisis general de la política de la competencia en un determinado país, así como a hacer propuestas de mejoramiento. Los consejos no se dan en una relación de subordinación, sino por “pares”, es decir por el conjunto o por un número más restringido de los demás Miembros de la OMC. Es preciso notar que un examen por los pares, en lo que respecta la política de la competencia, existe ya en la OCDE. En la OMC, existe un examen general por los pares bajo la forma del “Mecanismo de examen de las políticas comerciales” (MEPC), según el anexo 3 del Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio. Ciertamente es, que el MEPC cubre el conjunto de la política comercial. Parece pues más oportuno reforzar el aspecto competencia en el MEPC que existe que crear nuevas estructuras en la misma organización, con el peligro de un doble empleo. De todas maneras, cualquiera que sea la solución encontrada para el examen por los pares, no será nunca una alternativa, sino solo un complemento al arreglo de las diferencias.

Por esa razón, otros dispositivos de vigilancia son mencionados; citamos por ejemplo, las consultas entre los Estados, el arbitraje, la mediación, la instalación de un grupo de expertos permanente (según el modelo del art. 24 apartados 3 y 4 del Acuerdo

sobre las subvenciones y las medidas compensatorias, o, en menor medida, del anexo 2 del Acuerdo sobre los obstáculos técnicos al comercio), una cooperación más estrecha de las autoridades nacionales o – globalmente – la asistencia técnica y el refuerzo de las capacidades. El instrumento más preconizado es, sin embargo, la creación de un mecanismo de examen por los pares (*peer review*). Tal mecanismo no apunta al respeto de obligaciones concretas, sino que busca a dar un análisis general de la política de la competencia en un determinado país, así como a hacer propuestas de mejoramiento. Los consejos no se dan en una relación de subordinación, sino por “pares”, es decir por el conjunto o por un número más restringido de los demás Miembros de la OMC. Es preciso notar que un examen por los pares, en lo que respecta la política de la competencia, existe ya en la OCDE. En la OMC, existe un examen general por los pares bajo la forma del “Mecanismo de examen de las políticas comerciales” (MEPC), según el anexo 3 del Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio. Ciertamente es, que el MEPC cubre el conjunto de la política comercial. Parece pues más oportuno reforzar el aspecto competencia en el MEPC que existe que crear nuevas estructuras en la misma organización, con el peligro de un doble empleo. De todas maneras, cualquiera que sea la solución encontrada para el examen por los pares, no será nunca una alternativa, sino solo un complemento al arreglo de las diferencias.

5. Particularidades de los países en vías de desarrollo

La Declaración ministerial de Doha subrayó en particular el “apoyo a favor del refuerzo progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo” y prometió una flexibilidad para con ellos. A semejanza de otros campos de la OMC, los países en desarrollo hacen valer la necesidad de un tratamiento especial y diferenciado que tome en cuenta sus particularidades. Además, visto la falta de recursos financieros, el establecimiento de nuevas estructuras administrativas parece a veces di-

fácilmente realizable. Por otro lado, los países en desarrollo a menudo son víctimas de carteles internacionales. Por esa razón, hay una fuerte tendencia para controlar esas prácticas⁴⁷⁵. Por otra parte, con la liberación creciente de las inversiones directas y la supresión progresiva de los instrumentos tradicionales de control de las inversiones, es el control de las concentraciones – pues del derecho de la competencia – que toma el relevo. El asunto más difícil consiste en saber si el concepto del derecho de la competencia como tal debe ser cambiado por las necesidades de los países en desarrollo

Prevalece la opinión según la cual, contrariamente a los países industrializados, las particularidades económicas y sociales de los países en desarrollo necesitan de un enfoque diferente en derecho de la competencia⁴⁷⁶. Esa convicción refleja la controversia persistente entre el enfoque de desarrollo (*development approach*) y el enfoque de la competencia (*competition approach*) que tenía una importancia acrecentada en los trabajos preparatorios en vista de un código de conducta para el traspaso de tecnología en los años 1970 y 1980. Según el enfoque de desarrollo, los efectos de la legislación sobre la evolución del país, deben tomarse en consideración, mientras que según el enfoque de la competencia, se debe proceder con una aplicación más o menos clásica del derecho de la competencia. Si se toma en cuenta la flexibilidad de que dispone un derecho de la competencia, bajo la forma de excepciones o de reglas especiales aplicables a sectores económicos particulares,

⁴⁷⁵ J. Shelton, *Deregulation, Demonopolization and Privatization : How to Ensure Consistency with Competition*, in : UNCTAD, *The Role of Competition Policy for Development in Globalizing World Markets*, Ginebra, 1999, p. 27.

⁴⁷⁶ C. Correa, “Competition Law and Development Policies”, en R. Zäch (Ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Berna 1999, p.361 ss; K. McMahon, “Developing Countries and International Competition Law and Policy”, *International Economic Law, Globalization and Developing Countries* (J. Faundez y C. Tan, eds.), Cheltenham, Elgar, 2010, pp. 252–282..

y si se acepta que una política industrial no queda excluida por el derecho de la competencia, la diferencia entre las dos posiciones no es muy importante. La época de un modelo de competencia “atomista” o “perfecta” está del todo pasada. El derecho de la competencia es perfectamente capaz de adaptarse a las particularidades de un país determinado. En ese contexto, el argumento de las “industrias nacientes” (*infant industries argument*) puede retonerse, por ejemplo al autorizar la cooperación entre las empresas para crear nuevos polos industriales. Corresponde hoy día a la idea comuna de promover la competencia, no solo a corto plazo, pero igualmente a mediano y largo plazo, y así preferir la eficiencia dinámica a la eficiencia estática.

Sin embargo, parece dudoso que esa finalidad necesite verdaderamente de la abrogación de uno de los principios más fundamentales de la OMC, que es el tratamiento nacional. La economía de los países en desarrollo se caracteriza por el papel primordial de las pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, los problemas de posición dominante solo se plantearan muy raras veces, y pueden resolverse, en caso dado, mediante excepciones destinadas a las pequeñas y medianas empresas, lo cual no es inhabitual en derecho de la competencia. Además, los criterios materiales de interdicción o de autorización de una fusión no serán el objeto de una armonización, razón por la cual los Estados guardarán una gran flexibilidad en material de control de la concentración. Finalmente, una clarificación expresa podría hacerse en el acuerdo de la OMC, en el sentido de que la aplicación del derecho de la competencia no obstaculice la política industrial o de desarrollo de un país. En las otras ramas del derecho de la competencia, puesto aparte el control de la concentración, la aplicación del principio de tratamiento nacional tampoco parece inconciliable con la situación específica de los países en desarrollo. Con respecto a los acuerdos injustificables, por ejemplo: las ventajas que una mayor tolerancia hacia las empresas nacionales podría generar, no son perceptibles. Lo mismo pasa con el abuso de una posición dominante, En cuan-

to a los acuerdos horizontales simples y a las restricciones verticales, parece más importante formular reglas óptimas para el bien público que de distinguir entre sociedad nacionales y extranjeras. Las particularidades de las grandes empresas multinacionales pueden tomarse en cuenta mediante el criterio objetivo de la fuerza en un mercado. Es perfectamente legítimo que la autorización de acuerdos restrictivos sea más difícil para las compañías en una posición fuerte o aún dominante que para las empresas sin influencia especial.

A priori, el sistema de arreglo de las diferencias de la OMC podría ser susceptible de resolver ciertos tipos de litigios ligados a la aplicación del acuerdo multilateral sobre la competencia. Los litigios relativos a la conformidad de las leyes nacionales sobre las competencia a las obligaciones de los Estados fijadas en el acuerdo de la OMC sobre la competencia, podrían arreglarse según los procedimientos existentes, pues se trata de examinar la conformidad de una ley nacional con las normas del acuerdo o de evaluar si esa ley es aplicada de una manera transparente por las autoridades nacionales.

CAPÍTULO VI

POLÍTICAS DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

I. Apertura económica y procesos regulatorios

1. Adopción progresiva del libre mercado

A) Una reglamentación en constante perfeccionamiento

La adopción gradual de la economía liberal en todos los continentes en el siglo XX ilustra la importancia del Derecho de la competencia proyectando una nueva legislación en todo el mundo y particularmente en los países en desarrollo. Existen evidentes vínculos entre las diferentes legislaciones nacionales, y si su objetivo es preservar siempre la competencia como un instrumento de regulación del mercado, no son divergentes en los estos procesos y los objetivos específicos que se persiguen. Existen un denominador común en su enfoque da la lucha contra las prácticas anticompetitivas, incluso, tras la necesaria modernización de ciertas normativas obsoletas, parece que la diferencia es menos marcada por un enfoque económico de la política de competencia. Se observa, en efecto, una relación estrecha entre los procesos de aper-

tura económica y la búsqueda de modernización del proceso de desarrollo normativo en América Latina⁴⁷⁷.

La práctica muestra cómo algunas regulaciones relacionadas con la apertura del comercio y la inversión discriminan a los extranjeros como un vehículo de las barreras no arancelarias de los países del área lo cual no es precisamente positivo para el desarrollo de los objetivos que se persiguen. También es posible que algunas de las nuevas regulaciones creadas en los países de América Latina discriminen a favor de extranjeros y en contra de nacionales, sobre todo aquellos tratamientos especiales que están condicionados por la gran necesidad de los gobiernos de atraer capitales, tecnología y creadores de empleos a nuestras economías.

La política de regulaciones está todavía en evolución y no existe un aparato teórico terminado. Sin embargo, por conveniencia se propone dividir un análisis así por tipo de regulación: Regulaciones dentro del marco legal, que actúan a través de las leyes civiles y penales para definir y limitar los derechos de propiedad. Ejemplos de ellas son las restricciones de zonas urbanas; las que especifican obligaciones en contratos; las que establecen estándares de calidad de productos y servicios; las que establecen las condiciones para definir los fraudes, la discriminación y la conducta ilegal de los participantes en un mercado. Las regulaciones sobre mercados, las cuales se enfocan hacia industrias específicas y determinan precios y otras condiciones, por ejemplo, para el gas natural o la electricidad; también determinan quién puede tener acceso a un mercado, por ejemplo, los mecanismos para otorgar licencias de operación; quién y con qué condiciones utilizar un recurso en particular, por ejemplo, uso de tierras públicas o el espectro; quién debe recibir subsidios o la manera de diseñar im-

⁴⁷⁷ C. Curiel, “La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina” *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, pp. 71–83.

puestos a ciertas industrias; y en general, establecen reglas para ciertos mercados regulados. Las regulaciones económicas generales se enfocan a analizar la intervención necesaria del gobierno en actividades que afectan a todos, como las regulaciones sobre medio ambiente; garantías de productos; garantías de seguridad en el ambiente de trabajo; sobre prácticas igualitarias de negocios y competencia. Un ingrediente importante, que resalta para países emergentes es la manera en que los tipos anteriores de regulaciones económicas se ubican dentro del ámbito internacional⁴⁷⁸.

A pesar de que el tema de la competencia no es nuevo en otras regiones del mundo, en América Latina y el Caribe, su importancia es reciente. Ese atraso permite obtener beneficios insospechados: aprovechar de las experiencias de los demás países, adoptar legislaciones modernas, y poder negociar en los foros internacionales con posiciones actualizadas. Las políticas de promoción a la competencia se refieren al conjunto de normas que tienen por objeto fomentar la actividad económica basada en la libertad económica individual y el ejercicio de la libre empresa. La libertad económica permite a cada individuo escoger la actividad en la que se considera más productivo, lo que genera una mayor productividad y eficiencia, tanto de cada individuo como de todo el sistema económico. Las políticas de promoción a la competencia en los países latinoamericanos son un fenómeno reciente. Sin embargo, los orígenes de las políticas de competencia son de vieja data. Las primeras leyes antimonopolios se dictaron hacia fines del siglo XIX, concretamente en Canadá (1889), y los EE UU de América (1890), sin embargo como se demostrara en apartados diferentes, ya diversos estados de la unión americana tenían leyes *antitrust*. Incluso el tratamiento de la competencia y los monopolios como fenómenos económicos es mucho más antiguo. Los sistemas de

⁴⁷⁸ G. Ibarra Pardo, *Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina*, Bogotá, CEDEC, ed. Javiograf, 2004, p. 84.

promoción de la competencia se asientan en la idea de que la forma más eficiente de organizar la actividad económica en una sociedad está basada en la competencia y rivalidad empresarial, por ser éstas las responsables de generar un constante proceso de innovación empresarial y, por lo tanto, la fuente principal del desarrollo económico⁴⁷⁹. Hasta tiempos recientes, sin embargo, la concepción dominante en el diseño de política había sido otra muy diferente. En efecto, en el período comprendido entre las décadas de los años cincuenta y la de los años ochenta, la orientación de la política económica fue la de promoción de la industria local a través de medidas de política comercial e industrial. Esta propuesta de políticas públicas condujo a una intervención gubernamental intensa que dio lugar a estructuras de mercado concentradas y poco competitivas, pues, como consecuencia de la alta intervención gubernamental se disminuyeron considerablemente los incentivos para realizar esfuerzos dirigidos a la innovación.

Con la llegada de un nuevo conjunto de principios, basados en el desarrollo de sistemas económicos fundamentados en la libertad de empresa de los individuos y no de la actividad llevada a cabo por medio de organismos dependientes del Estado, se hace necesario establecer un conjunto de políticas, normas e instituciones que promuevan e incentiven la capacidad de innovación empresarial. Este es precisamente el objetivo de las políticas de promoción a la competencia.

Asumiendo como horizonte temporal de análisis a los últimos 20 años, es evidente que en ese lapso se han dado cambios muy profundos en la totalidad del funcionamiento económico de los países de América Latina y El Caribe y que, entre ellos, una parte importante ha estado referida a las formas previas de inserción a la economía mundial. En lo atinente a las disposiciones que prohíben

⁴⁷⁹ *Vid.*, por todos, A. Soler Vera y A. Fernández Pérez, “La promoción de la competencia”, *Anuario de la competencia*, n° 1, 2006, pp. 101–128.

las prácticas comerciales restrictivas o antimonopolio en la región podemos identificar las adoptadas en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), del Mercado Común del Sur (Mercosur) y de la Comunidad Andina. También existen mandatos de naturaleza genérica en el marco del Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela (G-3), del Sistema de Integración Económica de Centro América (SIECA) y de la *Caribbean Community* (CARICOM).

Esos cambios, fueron impulsados a través de un conjunto de políticas, postuladas en una primera etapa como parte de las estrategias para enfrentar la crisis regional que estalló al comienzo de los años ochenta,² y ubicadas después como principios rectores hacia los cuales debía reencausarse la economía, mismas que fueron “bautizadas” por Williamson [1990] como “El Consenso de Washington”: tipos de cambio competitivos; liberalización comercial y de los ingresos de inversión extranjera; privatización; desregulación⁴⁸⁰; protección de la propiedad intelectual; disciplina fiscal; redefinición de prioridades en el gasto público; reforma impositiva; y, liberalización de las tasas de interés⁴⁸¹.

B) Dificultades en presencia

Una de las dificultades más importantes en la construcción de la normativa internacional es el desarrollo relativamente escaso y

⁴⁸⁰ M. Naím y J. S. Tulchin: *Competition Policy, Deregulation, and Modernization in Latin America*, Lynne Rienner Publishers, USA, 1999.

⁴⁸¹ Según Williamson el Consenso de Washington incluye los siguientes diez puntos: disciplina fiscal, priorización del gasto público en educación y salud, reforma tributaria, tasas de interés determinadas por el mercado, tipo de cambio competitivo, políticas comerciales liberales, apertura a la inversión extranjera, privatización, desregulación, protección a la propiedad privada. Tomado de S.J. Burki y G. Perry, *Más allá de consenso de Washington. La Hora de la Reforma Institucional*, Washington, Banco Mundial, 1998, p. 8.

reciente de políticas de competencia en los países en desarrollo. Específicamente en la región, solo cinco países contaban con leyes de competencia en 1990. Actualmente, 12 de los 33 países de la región cuentan con dichas leyes, ocho están elaborándolas .sin considerar los países del Caribe– y un número mayor cuenta con leyes sectoriales, normas constitucionales u otras vinculadas al tema. Asimismo, aquellos países con legislación de más larga data han hecho reformas a sus esquemas regulatorios y de competencia en torno al año 2000. Todo esto revela que se ha difundido la necesidad de políticas en este campo en el marco de las reformas aplicadas por los países en la última década, y en particular de aquellas orientadas a la apertura de sus economías.

A partir de la década de los noventa, América del Sur, Centroamérica y el Caribe han sido escenario del florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados. Se trata de un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por su aplicación por parte de las autoridades de la competencia. En algunos países de Latinoamérica esta normativa ya existía desde tiempo atrás. Las primeras iniciativas tendientes a establecer medidas de control de las prácticas monopolísticas o colusivas en América Latina tuvieron como precursores a Argentina en 1919⁴⁸², México en 1934, Brasil⁴⁸³ en 1938 y Chile en 1959. Es

⁴⁸² Argentina promulgó en 1919 la Ley n° 11.120 que versaba sobre formas punibles de monopolios. Esta disposición legal tenía una visión estrictamente penal de la cuestión. Este país sólo se dotó de una legislación de defensa de competencia pura en 1980, cuando entró en vigor la Ley n° 22.262, en la que se detecta una fuerte influencia de la legislación europea, al introducir el concepto de “posición dominante”, apartándose de la rigidez del derecho norteamericano aunque manteniendo la defensa instrumental de la libertad de iniciativa por la libre competencia. En el texto de la citada Ley fue creado también el órgano de aplicación, denominado Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), con características similares al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) existente en Brasil.

menester destacar que la inspiración que llevó a estos países de América Latina a adoptar en el pasado leyes de defensa de la competencia asumieron objetivos más amplios que la simple represión de prácticas comerciales restrictivas. Estos países estaban sobre todo preocupados con la cuestión de la autonomía tecnológica, la desnacionalización de las empresas nacionales así como con la defensa de los intereses específicos del país.

Sin embargo, la existencia formal de esta legislación no aseguraba su cumplimiento, e incluso muchas de estas leyes nunca fueron aplicadas. En Colombia, por ejemplo, la Ley 155, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, fue expedida por el Congreso en 1959, pero en las tres décadas siguientes a su existencia la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. Antes de los años noventa tan solo en Chile y Argentina se aplicaron las políticas de competencia, lo que confirma que “...la historia de la promulgación de las leyes de competencia no es idéntica a la implementación de las políticas respectivas”.

La voluntad política de los gobiernos propició la incorporación de las nuevas leyes, la reforma de las anteriores y la creación de instituciones y mecanismos necesarios para su ejecución. Tal es el caso de las autoridades de la competencia dotadas de funciones administrativas y, en algunos casos, de funciones judiciales. Esta decisión tiene una gran importancia económica para toda la región, teniendo en cuenta que más del 90% del producto interno

⁴⁸³ Brasil se ocupó de esta materia en 1938, a través del Decreto-ley n° 869, en un contexto de seguridad nacional que incluyó también el concepto de “economía popular”. En 1962, mediante la Ley n° 4.137 fue sancionada la primera ley brasileña de defensa de la competencia, inspirada en la Ley Sherman de EE UU. Asimismo, se creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), órgano con características de un verdadero tribunal administrativo. Posteriormente fueron aprobadas las Leyes n° 8.158 de 1991 y en una etapa más reciente la Ley n° 8.884 de 1994.

bruto (PIB) de toda Latinoamérica y del Caribe es producto de los doce países que han adoptado una legislación de competencia. Esta voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del Derecho de la Competencia se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa.

En primer lugar, el afianzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares que dominaron buena parte de la segunda mitad del siglo XX. De esta forma se ha querido consolidar el Estado de Derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio. La hostilidad del Derecho de la libre competencia hacia las concentraciones de poder económico refleja la preocupación de que el poder político de las grandes firmas puede poner en peligro la democracia. Esta afirmación se comprueba en el caso del conglomerado *International Telephone and Telegraph Corp.* Este grupo empresarial quiso evitar que el Departamento de Justicia revisara una adquisición que proyectaba realizar y acudió al cabildeo ante la administración Nixon. Según el autor citado, este hecho puso en movimiento una cadena de eventos que finalmente configuraron una de las acusaciones contra Nixon en el caso Watergate⁴⁸⁴.

El segundo proceso se trata del consenso político sobre el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo económico caracterizado por la apertura del comercio –tanto internamente como hacia el exterior. Un modelo en el cual primaba la economía de mercado en contraposición a décadas de un modelo de intervención estatal, en el cual el Estado restringía y regulaba el funcionamiento de los mercados en diversos sectores de la economía nacional e imponía barreras al comercio internacional. Debe re-

⁴⁸⁴ *United States Court of Appeals, Fourth Circuit.* – 527 F.2d 1162, Argued April 10, 1975. Decided Nov. 25, 1975.

cordarse que en países como EE UU, la evolución del Derecho la competencia y el grado de aplicación que le han dado las autoridades de competencia ha estado estrechamente ligado a las tendencias económicas del momento y a las innovaciones en las teorías económicas.

A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta se discutió en Latinoamérica el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones que fue promovido por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) desde los años cincuenta. La finalidad del modelo era industrializar las economías eminentemente rurales de los países de América Latina y proteger la industria incipiente de la competencia internacional. En teoría esto permitiría transformar la estructura de producción de estos países para sustituir la producción de productos primarios —que tienen tendencia a hacerse más baratos—, para producir bienes con un mayor valor agregado —que tienden a hacerse más rentables.

Durante este periodo de sustitución de importaciones hubo grandes cambios que trascendieron de lo estrictamente económico: urbanización, universalización de la educación y esfuerzo por ampliar la cobertura en salud. Quienes promovieron este modelo señalan que fue gracias a su implantación que Latinoamérica dejó de ser una región rural para avanzar hacia la industrialización.

Sin embargo, este modelo produjo mercados altamente concentrados e ineficientes, y fue por esto que se estimó necesaria su revisión para detener los procesos inflacionarios y para obtener mayores tasas de crecimiento económico. El agotamiento de este modelo da paso al denominado “Consenso de Washington”, que representó un viraje de 180 grados en la política económica. El Consenso que consistió en una serie de recomendaciones para una América Latina golpeada por la crisis de la deuda externa en los años ochenta propendió por una mayor eficiencia en las economías por medio de la disciplina en la política macroeconómica, libe-

ralización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y una promoción de la inversión extranjera directa. La implementación de las políticas de competencia se realizó en el marco de un proceso general de reformas económicas, el cual se puede describir con las palabras claves liberalización económica, desregulación y privatización. Estas políticas en su totalidad estaban dirigidas a mejorar el funcionamiento de los mercados⁴⁸⁵.

El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia, pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras existan restricciones a la competencia en el mercado interno. Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guión en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos. Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además requiere una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países⁴⁸⁶.

La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anti-competitivas y restrictivas de la libre competencia. De tal manera

⁴⁸⁵ C. Curiel, "Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, pp. 129–155.

⁴⁸⁶ M.R. Agosin, "Las experiencias de liberalización comercial en América Latina: lecciones y perspectivas", *Pensamiento Iberoamericano*, n° 21, 1992, pp. 13–29.

que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.

La liberalización comercial no es suficiente para que un mercado sea competitivo y explican la necesidad de una ley de competencia por las siguientes razones: la competencia externa no tiene impacto sobre los bienes no transables (aquellos bienes que por razones de costos de transporte o su grado de perecibilidad no pueden ser comercializados internacionalmente); las compañías verticalmente integradas en los canales de distribución pueden amortiguar los efectos de la apertura convirtiéndose en distribuidores exclusivos de los productos importados que compiten con ellas; la competencia producida por las importaciones no garantiza en el corto plazo la desaparición de los compromisos colusivos; y por último, las políticas de apertura buscan un objetivo a muy largo plazo que es la reasignación de los recursos y la transformación de la estructura productiva, sin que con ello garanticen cambios de conducta.

En resumen las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica: 1) permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores; 2) proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y 3) fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores.

El proceso que hemos descrito implica que el Estado debe ser reestructurado para adquirir nuevas tareas y para dejar de realizar otras actividades. La necesidad de un buen funcionamiento del mercado y de condiciones para aumentar su eficiencia son los objetivos de los Estados que han adoptado la economía de mercado. Este es el origen de la normativa de competencia que encontramos en Latinoamérica. Sin embargo, es necesario advertir que el as-

censo de gobiernos de izquierda en Latinoamérica puede determinar un cambio sustancial en la forma en que se aplican estas normas.

2. *Perspectiva sectorial en América Latina*

A) El largo camino hacia la inserción de un sistema de libre competencia

No todos los países de Latinoamérica y el Caribe han adoptado leyes generales de libre competencia. Hoy en día, cuentan con estas normas los siguientes países: Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, México, Panamá, Perú, San Vicente y la Granadinas, Uruguay y Venezuela. La aplicación de la misma, como se verá más adelante en este documento, es distinta en cada país y está determinada por sus condiciones políticas y económicas.

En general, la aplicación efectiva de las leyes en estos países ha aumentado desde su implantación, pero el esfuerzo inicial dirigido a este campo ha perdido fuerza en la segunda parte de la década de los noventa. Algunos países como Bolivia, Ecuador⁴⁸⁷, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, y la República Dominicana no han promulgado leyes generales de libre competencia que rijan sobre toda la economía, a pesar que en sus respectivas constituciones contienen artículos que desarrollan sus principios y que en algunos casos se hayan adoptado leyes de competencia sectoriales. La mayoría de estos países han estudiado o estudian en la actualidad la posibilidad de adoptar esta legislación. Sin embargo, la implantación de normas de libre competencia ha fracasado varias veces, y en consecuencia su postergación no sólo merma la escasa

⁴⁸⁷ F. Marcos, “¿Una política de competencia para la República de Ecuador?”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 21, 2006, pp. 92–102.

seguridad jurídica de dichos países sin también impide el desarrollo armónico del mercado. La razón para que estos países no hayan expedido una legislación de competencia es una prueba de que no han logrado insertar como prioridad en su agenda pública la creación de las condiciones institucionales para la aprobación de la disciplina de competencia. Esto la debilita al no ser considerada ni entendida como una valiosa herramienta para la creación de capacidad y gobernabilidad en el país”.

La ausencia de normas generales de promoción de la competencia en algunos países de América es consecuencia de la oposición por parte de sectores específicos de la clase dirigente de los respectivos países. Estos sectores se benefician de las políticas proteccionistas que van en contravía a los principios de libre competencia y que estimula el Derecho de la Competencia. En todo proceso para adoptar políticas públicas diversos sectores de la sociedad buscan influenciar en la entidad encargada de tomarlas para que estas se acomoden a sus intereses.

El argumento que esgrimen quienes se oponen a la introducción de normas de competencia es que en países pobres y/o pequeños, las políticas de competencia son de reducida prioridad e implican un costo muy alto. Evidentemente, la aplicación de las políticas de competencia implican costos para el Estado, pues éste necesita una autoridad de la competencia que cuente con funcionarios capacitados para hacer análisis de tipo económico que, por lo general, es muy complejo⁴⁸⁸. No obstante consideramos que

⁴⁸⁸ Instruir a los funcionarios públicos sobre los conceptos básicos de la competencia, así como de sus beneficios de la competencia esencial. Una formación más avanzada para los responsables de la elaboración de políticas debería centrarse en cómo se puede introducir o mantener una competencia efectiva en el mercado. También podría incluir el trabajo con los responsables de la elaboración de políticas para introducir un proceso que evalúe el impacto sobre la competencia de la legislación, otros reglamentos y políticas públicas. En tal sentido, el “Paquete de Evaluación de Competencia” de la

para las economías pequeñas, que generalmente se caracterizan por su concentración y elevados precios, el costo de no aplicar una normativa de libre competencia es mayor que el costo de su aplicación. Lo cual no significa que las normas de competencia de otras regiones, especialmente de Norteamérica y de la UE, deban ser trasplantadas sin mayor reflexión en Latinoamérica y el Caribe. Por el contrario, el diseño de las normas debe tener en cuenta las especiales características de las estructuras económicas de cada país.

Los consumidores, a pesar de ser los directos beneficiarios de estas normas, no tienen tanta influencia en el proceso político porque a diferencia de los gremios económicos no están organizados. Su participación generalmente se traduce en la posibilidad de participar en los procesos electorales. Sin embargo, la clase política no necesariamente refleja los intereses de los gobernados y, generalmente, tendrá sus propias opiniones e intereses.

Desde el extranjero también se ejerce presión para incorporar leyes de competencia. Principalmente en virtud de tratados regionales de integración o libre comercio que incluyen cláusulas sobre políticas de competencia. Las instituciones financieras internacionales tienen un papel importante puesto que la necesidad de los gobiernos de acceder a créditos los obliga en muchas ocasiones a comprometerse no sólo a unas condiciones de pago sino también a ciertas condiciones que implican reformas legislativas o la ejecución de determinadas políticas económicas. Aunque la influencia de estas es creciente en América Latina y el Caribe por el alto nivel de endeudamiento de las últimas décadas, estas tan sólo se han limitado a recomendar la aplicación de políticas de competencia.

OCDE, incluye una metodología que ofrece a los responsables de la elaboración de políticas un marco práctico y fácil de utilizar para la evaluación de la competencia. OCDE, *Competition Assessment Toolkit*, vol. I, Version 2.0 (2010), “*Toolkit*”, www.oecd.org/competition/toolkit.

El único caso en el cual la introducción de estas políticas fue una condición expresa para acceder a un crédito fue Costa Rica.

La armonización de las diferentes legislaciones mediante la definición multilateral reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del Derecho de la competencia en América. Los acuerdos supranacionales en el marco de procesos de integración regionales han jugado un papel importante en la tarea armonizadora. En América existen normas supranacionales de libre competencia en virtud de los acuerdos de integración regional, entre otros, los siguientes:

Son pocos los estudios sobre países emergentes, así como de aquellos de América Latina. Existe la posibilidad de analizar un solo país, o un solo tipo de regulaciones para una sola economía o un conjunto compacto de ellas. Alternativamente, pueden analizarse muchos países alrededor de un aspecto. Las combinaciones y formas de abordaje son variadas. La línea de investigación tiene mucho futuro no solamente porque el tema es muy primario en el presente, sino porque vivimos en ambientes donde los gobiernos y los otros agentes económicos viven una transición como no vivíamos desde la Segunda Guerra Mundial o, si se quiere ir más allá de la historia, desde la Revolución Industrial. El investigador, sin embargo, debe poder aportar en sus análisis, soluciones para la acción pública y la privada.

Las políticas económicas desarrolladas, en diversos grados según el país, han sido políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de sus divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional. Después de unas décadas de intervencionismo estatal en la economía con los defectos del dirigismo y de las estructuras monopolísticas, se ha descubierto de nuevo el dinamismo de la economía de libre mercado y se ha perseguido la competitividad de las empresas. Persisten grandes retos de creación de empleo y

de reducción de la pobreza, que también deben ser tenidos en cuenta. La competitividad de las empresas depende de los niveles de competencia existentes en la economía doméstica. Por ello, una política de Estado tendiente a promover la competitividad, necesariamente ha de fomentar la competencia doméstica como condición previa para su realización exitosa. Por su parte, la promoción de la competencia requiere de iniciativas dirigidas a reformar el entorno institucional, conformado por reglas empresariales y reglas estatales que estructuran los mercados.

Esta evolución económica y política ha favorecido la creación y la puesta al día de las legislaciones de competencia existentes en la región, realizándose modificaciones y mejorándose los medios para su aplicación. Este proceso ha recibido sustento a nivel internacional. Por un lado, mediante iniciativas propias de la región, como la creación del Mercosur, el relanzamiento de la Comunidad Andina, el Sistema de Integración Centroamericano, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, el Área de Libre Comercio de las Américas, la Organización de los Estados Americanos y el definir Nafta. Por otro lado, entre las instituciones que han apoyado esta evolución mediante iniciativas diversas de asesoramiento y conferencias figuran el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD).

B) Manifestaciones de una tarea compleja

Durante décadas los países latinoamericanos adoptaron políticas caracterizadas por el proteccionismo, la sustitución de importaciones, el control de precios, prácticas monopólicas gubernamentales y propiedad por partes del Estado de una amplia gama de industrias y servicios. Durante medio siglo, los gobiernos y el sector privado aprendieron a organizarse y a actuar dentro de un con-

junto de reglas que garantizaban, a los empresarios, la protección contra la competencia extranjera y rivales locales, y al gobierno, el poder centralizado para asignar y distribuir recursos. Los países latinoamericanos comenzaron su esforzada transición hacia una economía menos controlada cuando algunos países del Cono Sur emprendieron sus programas de liberalización con cierto éxito. A principios de la década de los 80, la mayoría de los países tuvieron que reaccionar ante la crisis de la deuda liberando su economía. Para principios de los noventa, todos habían iniciado las reformas estructurales, reduciendo las barreras comerciales, privatizando empresas del Estado, desregulando la economía y promoviendo la competencia; sentando, con ello, las bases para el desarrollo de la economía de mercado. La desregulación económica en el sentido amplio del término es la eliminación de una restricción, relacionada con alguna actividad económica, impuesta por el gobierno a los agentes. Se refiere a la liberalización de las fuerzas competitivas y la “no” obstaculización a la entrada y salida del mercado, que son sinónimo de la libertad de competencia. Se consideran como políticas complementarias a la desregulación, la privatización y la liberalización de los mercados, las cuales han alcanzado notoriedad en todo el mundo en los últimos veinte años. En el caso de México, por ejemplo, durante los años ochenta se inició un largo proceso de desburocratización y simplificación de trámites requeridos para la apertura de negocios, licencias de construcción, permisos sanitarios, etc.⁴⁸⁹

Debido a la larga historia de proteccionismo que ha caracterizado la estrategia económica de la región, la promoción de la competencia en estos países se convierte en una tarea mucho más amplia y compleja que la simple aplicación de una ley antimonopolio. Es una lucha más amplia en la que hay que arrancarles el

⁴⁸⁹ J. Ayala, *Economía pública. Una guía para entender al Estado*, México, FE – UNAM, 1997, p. 252.

control de las manos a los monopolistas protegidos por el gobierno. Se trata de emprender un proceso educativo orientado a cambiar conductas, actitudes y cultura: hay que persuadir a los consumidores de que la liberación de precios es mejor que el control de precios; a los productores, de que la competencia es el juego que hay que jugar ahora, sin importar cuán doloroso les resulte. A las oficinas de competencia de todos los países del mundo, también le toca afrontar los intentos hechos desde el mismo gobierno de revertir las políticas puestas en marcha.

Por lo general, las autoridades de competencia en América Latina tienen que hacer frente al desafío de aplicar la legislación de competencia con medios administrativos y financieros limitados. Por añadidura, la economía consta de sectores con un alto grado de concentración y habituados al intervencionismo estatal o a la concertación empresarial. De ahí que se requiera un esfuerzo para crear la “cultura” de la competencia. El fomento de la competencia empieza en la propia Administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios, y pasa por la adecuación de los planes de estudios académicos de las universidades. A fin de concienciar a la sociedad es preciso explicar a las empresas y a los profesionales liberales el objetivo de la economía de libre mercado y la utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta sin duda más arduo aplicar las reglas de defensa de la competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial como las existentes en la UE.

Por otro lado, las autoridades de competencia latinoamericanas, aun sin disponer de una larga experiencia doctrinal y jurisprudencial, tienen que enfrentarse con la necesidad de un desarrollo legislativo propio y con problemas de competencia semejantes a los planteados en Europa o EE UU. Por ejemplo, en los sectores de las telecomunicaciones, de la televisión digital, de las tarjetas de crédito, de bienes de consumo producidos por multinacionales, de la distribución en el sector del automóvil, etc., los desafíos a la libre competencia se han globalizado. Existe pues un fuerte interés

tanto por conocer la doctrina aplicada en otros países como por cooperar en la instrucción y resolución de asuntos de actualidad.

Varios países de América Latina poseen normas que regulan las concentraciones y fusiones. En concreto, cabe hacer referencia a las normas que al respecto existen en Brasil, Colombia, México y Venezuela, todas las cuales contemplan un procedimiento de control previo para las concentraciones y fusiones más importantes. La ley brasileña de defensa de la competencia (ley 8884, de 1994) incluye un capítulo dedicado al control de actos y contratos, en el cual se sientan las bases del sistema de notificación de las concentraciones y fusiones a cargo del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). Dicha notificación es necesaria en operaciones en las cuales una de las partes tenga un nivel de ventas anual superior a los 400 millones de reales o el grupo económico que se forma tenga una participación en el mercado superior al 20%. La misma debe realizarse dentro de los 15 días de producida la adquisición, fusión o unión empresaria, y representa por lo tanto un procedimiento de “control posterior” (en vez de control previo) de las operaciones, para el cual el CADE tiene 60 días para expedirse inicialmente sobre su procedencia. Al igual que en el sistema europeo, la autoridad administrativa de defensa de la competencia tiene en Brasil facultades para aplicar multas y para suspender, aprobar modificaciones o deshacer la operación. Sin embargo, por lo común el CADE condiciona las operaciones, dada las dificultades involucradas en una orden de deshacer operaciones ya realizadas. En México, la ley federal de competencia económica de 1992 contiene un capítulo específico dedicado a las concentraciones. El mismo establece que la Comisión Federal de Competencia tiene facultades de investigación y sanción de dichos actos, y crea también un procedimiento de control previo que es obligatorio para el caso de operaciones que superen los 12 millones de salarios mínimos o involucren empresas cuyos niveles de ventas anuales o de activos sumen más de 48 millones de salarios mínimos. El período de espera que la ley mexicana establece es de

45 días, el cual puede ampliarse a 60 días, al final del cual la Comisión puede decidir la aprobación de la concentración (que es implícita si la misma no se expide operando la positiva ficta), la sujeción de la misma a ciertas condiciones, o la prohibición o desconcentración de la fusión, adquisición o unión empresarial realizada. Una de las ventajas que la autoridad de aplicación menciona en esta legislación, es que se ha convertido en una garantía para los inversores extranjeros. Sin embargo en la práctica se han autorizado fusiones o adquisiciones de empresas con contenido político, sustentándose en que las mismas van a servir para desarrollar al país creando empleos, lo que a la postre no ha sido de esa manera, y si por el contrario ha operado en contra de los mexicanos ya que muchas empresas han importado trabajadores de sus países con el objeto de llevar a cabo los puestos de trabajo, o en algunos casos si bien va, los salarios de los trabajadores importados son mucho mejor remunerados que los trabajadores locales.

La ley de defensa de la competencia vigente en la Argentina (ley 25.156, del año 1999) prevé un esquema explícito de control previo o posterior de las operaciones de concentración y fusión empresarial. Esto no implica, sin embargo, que estas operaciones no puedan ser consideradas como anticompetitivas. No obstante, para que las mismas encuadren dentro de las conductas prohibidas por la ley debe probarse que representan actos que limitan, restringen o distorsionan la competencia, y que además pueden constituir un perjuicio concreto para el interés económico general. Dicho requerimiento, sumado a que el procedimiento estándar de la ley 25.156 está pensado para analizar daños efectivamente ocurridos y no para resolver problemas estructurales futuros de los mercados, ha hecho que prácticamente no hayan existido procesos relacionados con las concentraciones y fusiones, ni tampoco resoluciones o reglamentaciones que se refieran específicamente a las mismas.

Es preciso advertir que la presente investigación no pretende analizar en profundidad el Derecho de la competencia de cada uno

de los países investigados, tarea que debe ser abordada por los juristas del respectivo país. El objetivo principal del proyecto es el de mostrar las características de las normas de libre competencia de cada uno de los países bajo parámetros comunes de análisis que permiten compararlas, interpretarlas y extraer conclusiones aplicables a todas ellas. Es posible que en el futuro estudios como el que ahora se presenta contribuyan al desarrollo de un Derecho de la competencia uniforme y armónico en Latinoamérica y el Caribe.

No obstante lo anterior, se considera que el estudio comparado del Derecho de la competencia contribuye de manera importante a su desarrollo, a la vez que brinda herramientas a las autoridades de la competencia para enfrentar los problemas de aplicación de este tipo de normativas generados por los procesos de globalización. En ese sentido, compartimos la apreciación de Philip Lowe, Director General de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea, para quien el análisis comparado de las normas de competencia resulta útil para las empresas y sus asesores, las autoridades de la competencia, los legisladores de cada país y contribuye a lograr una mayor cooperación internacional⁴⁹⁰. Se considera, en resumen, que las principales aplicaciones de la investigación son las siguientes: Se trata de una herramienta de consulta y trabajo para las empresas privadas que tengan negocios en varios países de Latinoamérica o que aspiren a hacerlo. El trabajo permite identificar y comprender las principales diferencias y similitudes que se presentan en la política de competencia de los países analizados. Para el efecto resulta de particular importancia la matriz comparativa que es uno de los principales productos de la investigación. La cooperación entre las autoridades de competencia

⁴⁹⁰ P. Lowe, "How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices" pronunciado ante la "American Bar Association", llevada a cabo en Bruselas el 16 de Octubre de 2003. http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html

en estos casos requiere del “mutuo entendimiento” de sus respectivas normativas. Debe destacarse que la Decisión 608 de la Comunidad Andina prevé que en los procesos de investigación por conductas anticompetitivas que adelante, “...será aplicable la legislación nacional en materia de libre competencia del País Miembro en el que tenga lugar la acción concreta de investigación, en lo que corresponda a la determinación del procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones”. Adicionalmente, el art. 37 de la Decisión citada dispone que los países miembros “...establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante (...) recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia”.

El Derecho de la competencia no sólo ha sido acogido en América Latina, en realidad, es una tendencia mundial. Por lo menos 90 países ya han promulgado legislación antimonopolística. Según el ICPAC, más del 60 por ciento de dicha legislación fue desarrollada en la década de los noventa. La transformación del Estado y el triunfo de la economía de mercado no solo se dio en nuestro continente, y por ello las políticas de promoción de la competencia y la implantación del Derecho de la competencia es una realidad global. Así lo explica Luis José Diez Canseco, profesor de Derecho de la Competencia de la Universidad Católica del Perú: “En los últimos años se verifica en la mayoría de países del mundo una marcada tendencia hacia la convergencia en el alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación de la competencia. Ello se debe a la creciente puesta en marcha de modelos económicos de libre mercado; a la extendida orientación hacia la liberalización de los mercados; al mayor énfasis que se brinda al bienestar de los consumidores, la eficiencia y la competitividad en las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia; a la condena de las prácticas colusorias; a la limitación,

eliminación o control de los abusos en lo referente a las exenciones sectoriales, personales o relacionadas con el Estado; a la mayor severidad en la aplicación de la legislación; al papel más destacado de las autoridades responsables de la competencia en la defensa de los principios relativos a la misma con ocasión de la aplicación de las demás políticas gubernamentales; a la aplicación de la legislación de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas fuera del territorio nacional; y al robustecimiento de las consultas y la cooperación internacionales”.

No obstante, es necesario anotar que diferentes razones políticas y económicas han inclinado la balanza en algunos países de la Suramérica a favor de gobiernos de izquierda que han prometido tomar un camino diferente al señalado por el llamado “Consenso de Washington”, duramente criticado por diversos sectores sociales y políticos en Latinoamérica⁴⁹¹. El viraje político y económico ha sido justificado por sus protagonistas por el pobre desempeño de las economías latinoamericanas en la última década, que no han sido capaces de crecer a niveles suficientes para reducir sustancialmente la pobreza. En consecuencia, muchas reformas de carácter liberal han sido contrarrestadas con políticas propias de un Estado intervencionista.

El caso más evidente es el de la República Bolivariana de Venezuela, en la que su mandatario Hugo Chávez ha manifestado en varios discursos que el modelo que planea implantar en su país es el socialista. Sin duda alguna, las políticas económicas aplicadas por el gobierno de Chávez tendrán un efecto importante en la forma en que se aplique las normas de libre competencia. Este tema

⁴⁹¹ J. Peña, “Competition Policies in Latin America Post–Washington Consensus”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 21, 2006, pp. 3 ss; con carácter más general *vid.* P.P. Kuczynsky y J. Williamson, *Después del Consenso de Washington*, Lima, Centro de Información de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2003.

será tratado con más detalle en el capítulo correspondiente al análisis de la normativa venezolana de competencia.

Sin hacer un juicio de valor sobre el nuevo contexto político latinoamericano, es claro es que en los países en los cuales los gobiernos de izquierda se han consolidado las políticas de competencia presentarán importantes cambios que se verán reflejados en la forma como la respectiva autoridad de la competencia aplique la normativa.

Otro reto que debe enfrentar el Derecho de la competencia en América Latina es el crecimiento del intercambio comercial internacional. La globalización —específicamente de los mercados—, es un factor muy significativo para la política de competencia “...ya que al incrementarse el número de transacciones empresariales internacionales se requiere un mayor control por parte de las diferentes autoridades de competencia, a fin de prevenir y combatir aquellas prácticas anticompetitivas que pueden afectar el comercio internacional, la liberalización y el flujo de inversión mundial”.

Aunque parezca contradictoria la apertura del comercio mundial no necesariamente propicia el aumento de la competencia y la eficiencia en los mercados sino que, por el contrario, puede generar nuevas prácticas restrictivas de la competencia por empresas que tienen posición dominante no sobre el mercado de un país, sino sobre el de varios.

3. Aproximación a un estudio comparativo

A) Argentina

En Argentina se subraya el resguardo del interés económico general, tanto en el análisis de conductas como en operaciones de concentración económica. De la interpretación de los lineamientos se deduce que el organismo encargado de la defensa de la competencia otorga una ponderación al menos equitativa al excedente

del productor y del consumidor, ya que atenderá a las ganancias de eficiencia (aumento del excedente del productor) y a los beneficios que éstas generen para los consumidores. Sin embargo, en la resolución práctica de conductas y de concentraciones económicas se ha definido una postura del organismo que favorece a los consumidores. En el apartado de ganancias de eficiencia se explica que se considerarán exclusivamente aquellas que se trasladen efectivamente a los consumidores.

Ya en 1919, Argentina promulgó la primera ley oficial sobre competencia de la región; e inmediatamente, otros países la siguieron⁴⁹². A pesar de la larga tradición de legislación sobre competencia, la aplicación de prácticas antimonopolio ha sido muy débil, lo cual no es sorprendente si se tiene en cuenta la larga tradición de controles gubernamentales y proteccionismo estatal. Es sólo en 1990, que surge un nuevo interés por las leyes antimonopolio en la región, el cual coincide con las reformas económicas adoptadas para reducir el control directo del gobierno y establecer una economía de mercado. Argentina promulgó una ley antimonopolio en 1919 que no fue aplicada durante décadas. La era moderna argentina de aplicación de leyes de defensa de la competencia comenzó en 1980, con la sanción de la Ley 22.262. Sus dos artículos de fondo se basaron en los arts. 81 y 82 (antes 85 y 86) TCE. La ley no regulaba en forma separada el control de las fusiones; técnicamente, las fusiones quedaban sujetas a las disposiciones en materia de conductas anticompetitivas, pero en la práctica esto no fue así.

Por primera vez, la aplicación de la ley se tramitaba por vía administrativa; las sanciones previstas incluían multas y órdenes administrativas. La ley creó el primer organismo de aplicación de

⁴⁹² *Vid.* Coate, Bustamante & Rodríguez “Antitrust In Latin America: Regulating Government And Business”, *Inter-American Law Review*, Vol. 24, 1992, Pp. 44 Ss.

las leyes de defensa de la competencia, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), que desempeñaba, sin embargo, un papel meramente consultivo⁴⁹³. Después de una investigación exhaustiva de la conducta en cuestión, la CNDC presentaba sus recomendaciones a un ministro del gobierno (que inicialmente era el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales), que emitía la resolución final, apelable judicialmente. La aplicación de la ley fue esporádica a lo largo de la década de los 80, pero su intensidad aumentó a mediados de los 90, debido al protagonismo de las reformas de mercado introducidas a principios de la década. En julio de 1992, después de iniciar el Presidente Menem un programa de liberalización de la economía, el Congreso de Argentina mostró un renovado interés en la legislación sobre la competencia y empezó a revisar una ley, la que en forma posterior fue aprobada por el congreso Argentino para denominarla Ley de Defensa de la Competencia llamada también 25.156, mediante decreto 1019-99, la cual ha sufrido diversos cambios.

La Ley argentina actual en materia de competencia, la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, fue sancionada en 1999. Las dos innovaciones más importantes que la ley presentaba fueron la introducción de un control formal de fusiones y la creación de un nuevo organismo autónomo de aplicación de la ley, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

⁴⁹³ En la actualidad, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) es el organismo de Estado encargado de aplicar la ley de competencia de 1999 (N° 25156). Debe, por tanto, investigar e identificar prácticas que constituyan posibles restricciones a la libre competencia en los mercados, así como prácticas abusivas por parte de empresas con poder de mercado. La CNDC está conformada por un presidente y cuatro vocales, asesorados por un economista en jefe y un abogado en jefe, así como por un equipo de aproximadamente 30 a 40 profesionales (economistas y abogados).

B) Brasil

Aunque Brasil tiene una ley antimonopolio desde 1962, sin embargo la ley que comenzó a regular perfectamente la competencia fue la Ley 7.347-85. La Constitución de 1988 establece como fundamentos explícitos de la defensa de la política de competencia, que “la ley debe reprimir el abuso de poder económico que intente dominar el mercado, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios”. De manera explícita la constitución indica que el “orden económico” de Brasil deberá operarse por medio de ciertos principios como “libre competencia”, el “rol social de la propiedad”, “protección del consumidor” y “propiedad privada”. El artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Brasil (ley N° 8884) de 1994 indica que su objetivo es establecer medidas de defensa de la competencia alineadas con estos principios constitucionales. Las agencias brasileñas encargadas de aplicar la ley han interpretado el principio de “rol social de la propiedad” en el sentido de que los dueños de la propiedad privada no necesariamente retendrán la totalidad de sus beneficios, sino que deberán de alguna forma compartirlos con el resto de la sociedad.

En efecto, la era moderna de la política de competencia en Brasil comenzó en 1994. En ese año, como respuesta a un periodo de hiperinflación, se puso en marcha el “Plan Real”. Entre sus principales características se encontraba la introducción de rígidas políticas fiscales y crediticias y una nueva moneda (el real), fija con respecto al dólar. Como parte de las reformas de 1994, se aprobó una nueva ley de competencia (n° 8884) con la expectativa de aplicarla para tratar con la inflación. Esta nueva ley también introdujo controles en el caso de las fusiones e importantes cambios institucionales.

Brasil ha seguido reforzando su sistema de políticas en materia de competencia si bien sigue afrontando desafíos en lo que respec-

ta a la agrupación de las funciones de los distintos órganos de investigación, de procesamiento y jurisdiccionales en un único organismo autónomo. Las actividades de garantía de la observancia siguen centrándose en la preservación de la competencia en el mercado y la vigilancia de las actividades de los cárteles internacionales. La administración de la política sobre competencia corresponde a los tres organismos que constituyen el Sistema Brasileño de Política de Competencia (SBPC), a saber: el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)⁴⁹⁴; la Secretaría de Derecho Económico (SDE); y la Secretaría de Seguimiento Económico (SEAE).

La legislación relativa a la política de competencia figura en la Ley N° 8.884, de 11 de junio de 1994, modificada por la Ley N° 10.149, de 21 de diciembre de 2000, y la Ley N° 11.482, de 31 de mayo de 2007. Por la Resolución N° 45, de 28 de marzo de 2007, se aprobó el Reglamento Interno del CADE. La SDE, un órgano descentralizado del Ministerio de Justicia, tiene competencia para investigar las irregularidades de un sector económico e iniciar las correspondientes actuaciones administrativas. Es el principal órgano de investigación en materia de política de competencia. La SEAE, que depende del Ministerio de Hacienda, también puede iniciar investigaciones de oficio o a petición de un tercero. Ambos organismos preparan informes no vinculantes que utiliza el CADE al dictar resoluciones. El CADE, un organismo autónomo vinculado al Ministerio de Justicia por razones presupuestarias, está en funcionamiento desde 1962 y actúa como tribunal administrativo.

⁴⁹⁴ La ley 8884 creó el CADE como una agencia federal independiente, bajo la órbita del Ministerio de Justicia, del cual depende económicamente. Su función dentro del marco de aplicación de la ley de competencia consiste en ser autoridad de aplicación de la ley y disponer los mecanismos y medidas correctivas en los mercados afectados, así como definir las multas correspondientes. La comisión está compuesta por un presidente y seis comisionados, los cuales duran en sus funciones dos años y son designados por el Presidente de la Nación, de acuerdo con la Cámara de Senadores.

Sus principales funciones son tramitar y resolver procesos administrativos y celebrar consultas, y fiscalizar, prevenir e investigar el abuso del poder económico. El Consejo está formado por un presidente y seis consejeros, designados por el Presidente del Brasil con la aprobación del Congreso. El CADE es la más alta instancia jurisdiccional en materia de competencia; en la esfera administrativa, le está encomendada la decisión final en cuestiones de competencia, tras haber recibido los dictámenes no vinculantes de la SEAE⁴⁹⁵ y la SDE⁴⁹⁶. La legislación antimonopolio se aplica a todos los sectores; en la Ley N° 8.884, de 1994, no figura ningún caso de inmunidad. Las normas del CADE se aplican con carácter general; no obstante, determinados sectores que, a juicio del Gobierno, requieren un enfoque especializado, están sujetos a una legislación concurrente específica y son supervisados por organismos reguladores especializados, a saber: la energía, las telecomunicaciones, y el gas y el petróleo (véase en el capítulo IV 4) información más detallada al respecto). El CADE y esos organismos tienen competencias complementarias. La reglamentación no impide que, como órgano jurisdiccional, el CADE resuelva sobre

⁴⁹⁵ Esta institución, dirigida por un secretario designado por el ministro de finanzas, tiene tres responsabilidades básicas: 1) Desempeñar funciones de investigación y consulta en materia de aplicación de la ley de competencia. 2) Analizar desde el punto de vista económico las políticas y programas regulatorios. 3) Monitorear las condiciones de los mercados en Brasil. De acuerdo con la ley 8884, la SDE debe informar a la SEAE el inicio de un procedimiento administrativo en una conducta, y la SEAE puede emitir opinión en la materia. En el caso de las operaciones de concentración, la SEAE está obligada a proporcionar un informe sobre todas las transacciones notificadas. Las reformas a la ley introducidas en el año 2000 otorgan a la SEAE las mismas facultades investigativas de la SDE, pero sin autoridad para la aplicación de la ley de competencia.

⁴⁹⁶ De acuerdo con la ley 8884, las responsabilidades de la SDE incluyen las funciones de investigación y algunas otras vinculadas con la aplicación de la ley de competencia. Esta institución está encabezada por un Secretario designado por el Ministro de Justicia y está compuesta por dos departamentos: 1) Departamento de Protección y Defensa Económica, con responsabilidades en materia de la ley de competencia, y 2) Departamento de Protección y Defensa del Consumidor.

una determinada operación o un comportamiento, teniendo en cuenta el respectivo marco reglamentario específico. La Ley N° 8.884, de 11 de junio de 1994, prohíbe toda práctica encaminada a restringir, limitar o causar perjuicio a la libre competencia; dominar el mercado de bienes o servicios de que se trate; aumentar los beneficios arbitrariamente; o abusar de una posición dominante en el mercado. Se enumera una serie de prácticas horizontales y verticales que pueden dar lugar a trabas a la competencia. No están prohibidas las prácticas por sí mismas, sino por sus repercusiones; sólo se consideran ilegales si tienen efectos anticompetitivos o la capacidad de producirlos. Las prácticas anticompetitivas se examinan estudiando cada caso por separado, aplicando el criterio del “sentido común”.

La legislación del Brasil prevé la supervisión de todos los actos y contratos que puedan limitar o perjudicar de alguna manera la libre competencia o cuyo efecto sea la dominación de los mercados de bienes y servicios pertinentes, en particular los encaminados expresamente a conseguir cualquier tipo de concentración económica. De conformidad con el art. 54 de la Ley N° 8.884/94, el CADE ha de analizar el efecto de las fusiones y adquisiciones, atendiendo, en particular, a su capacidad de perjudicar o restringir la libre competencia. En la legislación antimonopolio se presume que así sucede en las concentraciones económicas de más del 20 por ciento del mercado del bien o servicio analizado, o siempre que una de las empresas obtenga ingresos brutos de más de 400 millones de reales. Por consiguiente, se necesita la aprobación del CADE para cualquier acto que rebase esos límites. Si se demuestra que la operación perjudica la libre competencia, el CADE está facultado para imponer obligaciones a las empresas concernidas o determinar la venta total o parcial de los activos pertinentes, o la modificación de los contratos, como condición para la aprobación de la operación. Las fusiones y adquisiciones se analizan *ex post*; no se realiza un análisis previo de las fusiones porque la legislación vigente no exige la notificación previa de éstas.

C) Chile

Chile promulgó su primera ley antimonopolio en 1959⁴⁹⁷. En virtud de la ley se creó una Comisión Antimonopolio que funciona como tribunal para dirimir asuntos antimonopolio y con poder exclusivo para aplicar la ley⁴⁹⁸. La Ley de Defensa de la Libre Competencia actualmente vigente en Chile fue promulgada en 1973, como parte de un programa concebido para revertir las medidas tomadas por el gobierno anterior, encaminadas hacia una economía planificada y controlada por el gobierno. En un principio los recursos asignados a la aplicación de la ley fueron escasos y dicha aplicación no llegó a ser especialmente vigorosa ni formó parte importante del programa de reforma de Chile, el cual hacía hincapié en la apertura del comercio, la privatización y la desregulación. No obstante, gracias en parte a su introducción discreta y también a su correspondencia con la orientación general chilena hacia una economía de mercado, la aplicación de esta Ley ha pasado a ser un elemento aceptado, si bien todavía no medular, del sistema chileno de reglamentación jurídica y económica.

⁴⁹⁷ Tras una relativa estabilidad institucional, para los años cincuenta la inflación se aceleró, y el desequilibrio de la balanza de pagos se hizo más grande. Esto llevó a que se abriera un espacio para la intervención extranjera, por lo que “(...) en 1957 la Misión Klein–Saks recomendó una política de precios libres, pero tomando medidas para evitar que los precios reflejaran el poder de mercado que algunas empresas públicas y privadas parecían tener. Como resultado de esta recomendación se aprobó la primera ley de defensa de la competencia, la Ley 13.305 de 1959”. Esta norma se creó bajo el gobierno del Presidente Jorge Alessandri, y estuvo basada en la Ley Sherman de Estados Unidos. Vid. E. Barandiarán y R. Paredes, “Protección de la Competencia en Chile: *El Estado vs. Laboratorios Chile y Recalcine* (1992/93)”, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; y Departamento de Economía, Universidad de Chile. http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf.

⁴⁹⁸ T. Winslow, *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, enero 2004.

E) Colombia

El Código antimonopolio de Colombia data de hace treinta años y no fue aplicado activamente hasta 1992, cuando se reformó la ley y se reestructuró el organismo administrativo responsable de la promoción de la competencia y proteger al consumidor, y se otorgaron nuevos poderes para hacer cumplir la ley⁴⁹⁹. Las disposiciones principales sobre prácticas comerciales restrictivas están contenidas en la Constitución, en la Ley N° 155 de 1959, y en los Decretos N° 1302 de 1964 y N° 2153 de 1992⁵⁰⁰. El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo es la entidad encargada de formular la política de competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad responsable de “velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas ... sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades”. Las autoridades responsables de controlar las prácticas anticompetitivas en áreas determinadas son: la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (transporte aéreo), la Comisión Nacional de Televisión (televisión), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada y distribución de gas) y la Su-

⁴⁹⁹ A. Miranda Londoño, “El Derecho de la competencia en Colombia”, *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, pp. 52–70.

⁵⁰⁰ En Colombia, además del Régimen General de la Libre Competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1 de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994). *Vid.* C. Orozco, “Marco Legal para la Promoción de la Competencia en Derecho comparado y en Colombia”, *Planeación & Desarrollo*, vol. XXIV, n° 2, mayo–agosto de 1993, pp. 131 ss.

perintendencia Financiera. Varios estudios han señalado que la dispersión entre varias entidades de las funciones relativas a la aplicación de las normas sobre competencia es susceptible de dar lugar a un tratamiento asimétrico de conductas similares. También pudiera crear confusión entre los agentes económicos y entre las entidades de competencia, por ejemplo cuando una conducta anti-competitiva comprende empresas en distintos sectores. En el contexto del presente Examen, las autoridades indicaron que están realizando esfuerzos encaminados a redefinir las responsabilidades de los organismos con responsabilidades en materia de competencia.

La Constitución reconoce el “derecho de todos” a la libre competencia. Atribuye al Estado la obligación de impedir que “se obstruya o se restrinja la libertad económica” y de evitar “cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición de dominante en el mercado nacional”.⁵⁰¹ Las conductas anticompetitivas que prohíbe la legislación nacional abarcan los actos y los acuerdos previstos en los artículos 46–48 del Decreto N° 2153 de 1992. El artículo 50 del mismo Decreto estipula que también existen disciplinas relativas al abuso de la posición dominante.

Existen algunas excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia. El artículo 1 de la Ley N° 155 de 1959 permite que el Gobierno autorice acuerdos que busquen “defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”, aunque dichos acuerdos limiten la libre competencia. Los sectores básicos son “todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener ... importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general”, incluyendo el vestido, la sanidad y la vivienda de la

⁵⁰¹ Art. 333 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

población colombiana; la producción y distribución de combustibles; y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros”. Las autoridades colombianas indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio ha autorizado un acuerdo (en el sector textil) en el marco de esta disposición. Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de las normas sobre competencia: los acuerdos que buscan fomentar la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología; los acuerdos sobre normas, estándares y medidas que no sean obligatorias, siempre y cuando no limiten la entrada de competidores al mercado; y los que se refieren al uso de facilidades comunes.

Las operaciones de integración entre empresas cuyos ingresos operacionales anuales en conjunto sean iguales o superiores a 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuyos activos totales en conjunto sean iguales o superiores a 100.00 salarios mínimos legales mensuales vigentes deben ser notificadas a la SIC para que ésta determine si “la operación genera una indebida restricción a la competencia”.⁵⁰² Las demás operaciones de integración no están sujetas a requisitos de notificación. Las empresas que participen en operaciones sujetas al requisito de notificación deben proporcionar a la Superintendencia la información prevista en la Circular Única. La Superintendencia cuenta con 30 días a partir de la recepción de la información para pronunciarse sobre la operación. Si no se pronuncia dentro de este plazo, la operación queda aprobada. Corresponde a las empresas determinar si deben notificar a la Superintendencia. Entre 2000 y 2005, la Superintendencia de Industria y Comercio recibió cerca de 590 notificaciones de fusiones y adquisiciones. La Superintendencia presentó objeciones en cuatro ocasiones y fijó condiciones en otras 24.

⁵⁰² Título VII, capítulo segundo, Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio puede iniciar investigaciones sobre presuntas infracciones a las normas de competencia de oficio o a solicitud de un tercero. Durante el curso de una investigación, el Superintendente puede ordenar su clausura “cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la que se le investiga”. La sanción máxima que puede imponer la Superintendencia asciende a 2.000 salarios mínimos mensuales para las empresas y 300 salarios mínimos mensuales para las personas naturales. Las sanciones adoptadas por la Superintendencia como resultado de una investigación no requieren autorización judicial. Entre 2002 y 2005, la Superintendencia recibió unas 250 denuncias de conductas que afectan la libre competencia y realizó 37 averiguaciones de oficio. Durante el mismo período, abrió cerca de 61 investigaciones, aplicó sanciones en 19 ocasiones y aceptó garantías en otras 41. Las autoridades colombianas indicaron que no disponen de información acerca de los sectores de la economía a los que corresponden estas investigaciones⁵⁰³.

F) México

En México, pese a los avances, se requiere mejorar la regulación y la competencia en distintos sectores. La transición hacia mercados en competencia requiere voluntad política y tiempo de maduración y los resultados no son siempre inmediatos. Si bien en México existe y se aplica efectivamente desde hace un cuarto de siglo una legislación en materia de competencia económica, la competencia no se ha incorporado como una política de Estado. Más bien se le ve como un obstáculo que hay que brincar o sólo

⁵⁰³ C.A. Uribe Piedrahita, “Reforma a la normativa de libre competencia en Colombia: pretensión de modernización y un largo camino por recorrer”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008–2009, pp. 757–772.

como un ordenamiento que hay que cumplir. No obstante lo anterior, debiera concebirse en México una política de competencia como instrumento poderoso para promover el desarrollo económico y contribuir al bienestar de la población.

Generalmente, competencia y regulación son concebidas como adversarias. La regulación se aplica más bien para contrarrestar los efectos del mercado y no para garantizar el resultado que se hubiera obtenido en un mercado operando eficientemente. La regulación se utiliza para inducir el resultado deseado, y no para inducir a que se obtenga el resultado más eficiente. Las políticas regulatorias en México no se conciben como instrumentos del Estado para promover la eficiencia económica y de esta forma preservar el interés público. Por otro lado, se percibe rivalidad entre las políticas que se utilizan para promover la competitividad del país y la competencia. La concepción tradicional, muy arraigada, es que para fortalecer la competitividad de la economía hay que crear barreras de entrada, especialmente contra países que en su momento se consideran una amenaza a la planta industrial. O bien, hay que otorgar subsidios o apoyos a las empresas nacionales para que puedan enfrentar la competencia tanto en el interior como en el exterior. También se piensa que las empresas pueden utilizar su posición dominante en el mercado nacional, para que les sirva de punto de apoyo para competir en los mercados internacionales.

Un problema para consolidar una política de competencia en México es la falta de una cultura de competencia. La política de competencia es un ingrediente esencial de lo que se ha llamado democracia económica, es decir, una situación donde las oportunidades económicas están abiertas a todos. Si bien en México ha habido logros, se requiere reafirmarlos. Los niveles de competencia alcanzados todavía no son lo profundo que podrían llegar a ser, por lo que se debe seguir trabajando en el fomento, desarrollo y protección de la competencia. Es necesaria la coordinación entre las políticas de regulación y las de competencia. La competencia es un elemento fundamental para el fortalecimiento de la industria

y estimulante indiscutible de la eficiencia y competitividad de las empresas y México no debe perder de vista las tendencias mundiales en éstos ámbitos, sin que ello implique la adopción de sistemas idénticos a los de otras economías, toda vez que esto debe hacerse atendiendo a nuestras particulares condiciones económicas y sociales.

La política de competencia de México fue adoptada como parte de una iniciativa de reformas que tomó unos diez años a partir de mediados de los años ochenta, que estaba destinada a poner fin al control y a la protección del gobierno central de la actividad económica interna y a desarrollar en su lugar una economía con orientación de mercado. El gobierno puso fin a la mayoría de los controles de precios en el mercado interno y redujo los obstáculos al libre ingreso en el mercado. Con el fin de abrir la economía al comercio y a la inversión extranjeros, México eliminó la mayoría de las licencias de importación obligatorias, abolió los precios de importación oficiales, redujo los aranceles, y accedió al GATT. Más adelante, en 1994, México suscribió el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que fue seguido por acuerdos de libre comercio con la Unión Europea y gran número de países de América Latina, por lo que en la actualidad la casi totalidad del comercio exterior de México está cubierto por esos acuerdos. Después de la entrada en vigor del TLCAN el comercio con los EE UU y Canadá se triplicó, y en el período comprendido entre el inicio del proceso de liberalización en 1984 y 2002, las importaciones anuales experimentaron un incremento de más del 1000 por ciento, mientras que las exportaciones aumentaron en un 555 por ciento. Tal como se había anticipado, la liberalización de las importaciones, representó un estímulo positivo para la competencia a nivel nacional en los sectores de bienes comerciables de México.

Aunque las características económicas propias difieren de un país a otro, las políticas de ajuste económico desarrolladas han requerido medidas de organización en muchas áreas próximas a la

legislación en materia de competencia. Entre éstas destacan los derechos de los consumidores, normalizaciones técnicas, reglas sobre inversiones, Derecho mercantil con especial mención del registro de patentes y marcas, defensa comercial, privatizaciones y sectores de servicios regulados. Las reglas de competencia se integran en este conjunto de mejoras de la organización económica. Hay quienes consideran aquéllas esenciales; en el fondo, sin embargo, mal podrían aplicarse si la organización de la economía no ofreciese un mínimo de garantías de funcionamiento estable.

El Congreso de México aprobó una nueva ley antimonopolio en diciembre de 1992. En virtud de la ley se creó un organismo independiente, la Comisión Federal para la Competencia, para aplicar y hacer cumplir la ley. La Comisión esta dentro de la jurisdicción de la Secretaría de Economía antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y los cinco comisionados que la componen son designados por el Presidente para un período de diez años. Esta Comisión si bien es cierto ha tratado de realizar las acciones que establece la ley, sin embargo por cuestiones de carácter político, y las presiones de grandes empresas, la misma ha sucumbido a las presiones e incluso ha dictado resoluciones que van en contra de la ley⁵⁰⁴.

En abril de 2006, el H. Congreso de la Unión aprobó una serie de reformas a la LFCE que otorgaron a la CFC mayores facultades, clarificaron una serie de procedimientos e incrementaron moderadamente las multas. Estas reformas significaron un gran avance de la política de competencia en México.

⁵⁰⁴ El número de asuntos atendidos por la Comisión en 2011 ascendió a 476, de los cuales 381 se recibieron durante el año y 95 estaban pendientes de 2010. Por otra parte, los asuntos concluidos sumaron 396. Los asuntos que se presentaron con mayor frecuencia durante el año fueron, en primer lugar, las notificaciones y avisos de concentración y, en segundo, los relacionados con licitaciones, concesiones y permisos (CFC, *Informe Anual*, 2001).

En 2008, México y la OCDE lanzaron un programa dirigido a mejorar la competitividad de la economía mexicana reformando y modificando el marco regulatorio e institucional. El proyecto plurianual tiene como objetivo apoyar mayores niveles de inversión, empleo y crecimiento. La Cooperación para el Fortalecimiento de la Competitividad en México entre México y la OCDE se construye sobre dos pilares: competencia y mejora regulatoria. El pilar de la competencia se centró en aumentar la competencia en mercados de productos⁵⁰⁵. Sin embargo, aún con las reformas, la legislación de competencia este país seguía limitada y atrasada en comparación con las mejores prácticas a nivel internacional. Por tal motivo, el 5 de abril de 2010, el Titular del Ejecutivo Federal presentó al H. Congreso de la Unión una iniciativa sin precedentes en México para reformar la Ley Federal de Competencia Económica. En mayo de 2011, tras un intenso y fructífero debate en ambas Cámaras, el H. Congreso de la Unión aprobó, con el consenso de todas las fuerzas políticas, una serie de reformas encaminadas a mejorar la legislación en materia de competencia.

G) Perú

Con anterioridad a 1991, en el Perú no existían instrumentos legales que tipificaran adecuadamente las prácticas anticompetitivas. Fue durante noviembre de ese año, al iniciarse las reformas estructurales descritas en el capítulo anterior, cuando se promulga-

⁵⁰⁵ El Estudio Económico de la OCDE de 2008 para México expone que la falta de competencia es un determinante importante del débil crecimiento. Utilizando el marco del Paquete de Evaluación de Competencia de la OCDE, este proceso identifica regulaciones y políticas que restringen innecesariamente la competencia y desarrolla alternativas para hacer que la regulación esté más a favor de la competencia. El trabajo sobre la competencia se realiza en cooperación con la Comisión Federal de Competencia (CFC) de México y el Ministerio de Economía de México. http://oecd.org/document/34/0,3343,en_2649_40381664_44948578_1_1_1_1,00.html.

ron tres decretos legislativos que constituyen la base de la legislación vigente⁵⁰⁶. El primero de ellos fue el Decreto Legislativo N° 701 promulgado con el objeto de eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. El segundo, el Decreto Legislativo N° 761 promulgado como la “Nueva Ley de Protección del Consumidor” estableció las responsabilidades de los proveedores y los derechos de los consumidores, particularmente en el acceso de la información sobre los bienes y servicios transados. Por último se promulgo el Decreto Legislativo N° 691 bajo el nombre “Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor” Estas normas exponen mas bien derogaciones de instrumentos legales que no eran compatibles con la nueva legislación que en ese momento estaba surgiendo en materia de competencia.

Las principales disposiciones de tipo general sobre política de competencia están contenidas en los arts. 58 (derecho a la libre iniciativa privada), 59 (el Estado como promotor de la libertad de empresa), 60 (pluralismo económico) y 61 (vigilancia de la competencia en el mercado) de la Constitución, y en el Decreto Legislativo N° 701 de 5 de noviembre de 1991. El Decreto Legislativo N° 701 dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, de control y restricción de la libre competencia. Además existen estatutos que regulan la competencia en sectores específicos como el sector eléctrico y el de telecomunicaciones. El Decreto Legislativo N° 701 es un dispositivo legal de control *ex post* que prohíbe los actos o las conductas que restrinjan o distorsionen la libre competencia, ya sea por medio de otras prácticas o por medio de acuerdos, y actos o conductas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado, de manera que produzcan un impacto ad-

⁵⁰⁶ M.R. Torres Carlos, “Normas sobre libre competencia, competencia desleal y publicidad comercial en Perú”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 19, 1998, pp. 1205–1222.

verso en el bienestar general. Dicha disposición no hace distinción de restricciones o prácticas monopólicas, aun cuando éstas se produzcan en diferentes etapas de la cadena productiva o en la comercialización de bienes y la prestación de servicios, ni de las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que las realizan. Sólo se regulan los efectos de la conducta de una empresa en el mercado. No se regula el tamaño, origen, nacionalidad o estructura de una empresa en el mercado.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) aplica las normas generales en materia libre de competencia en todos los sectores con la excepción del sector de las telecomunicaciones. El INDECOPI busca fomentar el mejor funcionamiento de los mercados a través de la eliminación de barreras burocráticas, y del fortalecimiento de la normalización y de la protección de la propiedad intelectual. Para difundir la cultura de mercado a nivel nacional, se realizan actividades de capacitación sobre temas institucionales como registro de marcas, acceso al mercado, procesos concursales, normas técnicas, entre otros. El INDECOPI goza de autonomía política en la toma de sus decisiones y, acorde con ella, ha optado por ejercer sus funciones bajo parámetros de mínima intervención en los mercados, avocándose a la investigación y sanción de prácticas anticompetitivas (concertaciones de empresas y abusos de posición de dominio) a fin de contrarrestar y revertir los efectos que dichas prácticas pudieran ocasionar en el mercado. Uno de los principales objetivos recientemente propuestos por el INDECOPI consiste en reforzar las áreas correspondientes a las comisiones de Libre Competencia, Acceso al Mercado, Represión de la Competencia Desleal y la Sala de Defensa de la Competencia⁵⁰⁷. Para resolver los temas relacionados con la política de

⁵⁰⁷ Los asuntos que se presentaron al INDECOPI en materia de política de la competencia durante el período 2000–06 estuvieron relacionados con

competencia, el INDECOPI mantiene las siguientes Comisiones: Libre Competencia; Fiscalización; Dumping y Subsidios; Acceso al Mercado; Procedimientos Concursales; y Represión de la Competencia Desleal.

Las atribuciones de la Comisión de Libre Competencia incluyen dictar opinión en los procedimientos por infracciones al Marco Legal; realizar indagaciones e investigaciones relacionadas con los temas de su competencia, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia; realizar estudios y publicar informes; y elaborar las propuestas de reglamentos y adoptar las directivas que pudieran requerirse. La Sala de Defensa de la Competencia (SDC) es la segunda instancia administrativa, sus fallos pueden constituir, además, precedentes de observancia obligatoria. La Comisión de Libre Competencia puede imponer sanciones pecuniarias a los infractores del Decreto Ley N° 701.

La legislación peruana no contempla un mecanismo de notificación previa de las fusiones y adquisiciones de empresas, con excepción de las fusiones y concentraciones que se realicen en el sector eléctrico. La Ley N° 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico), reglamentada por el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI de 1998, establece un sistema de autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico. En el período 2000-06 se realizaron nueve notificaciones de fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico. No se presentaron objeciones a ninguna de ellas.

sectores tales como el sector eléctrico y de energía, transporte terrestre, puertos marítimos y aéreos, radiodifusión, telecomunicaciones y propiedad intelectual.

H) Venezuela

En 1989, Venezuela abandonó su tradicional política económica marcada por el proteccionismo y la intervención estatal para promover una estrategia de libre mercado y de apertura al comercio internacional. En diciembre de 1991, como parte del programa de reformas, el Congreso de Venezuela aprobó la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia (Ley Pro-Competencia) la cual constituyó la primera normativa regulatoria en materia de competencia en el país. La misma ley contemplaba la creación de la oficina responsable de aplicarla: la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Oficina Pro-Competencia), la cual comenzó sus funciones en mayo de 1991. La Constitución de 1999 establece, en su art. 299 que la libre competencia es uno de los principios en que se fundamenta el régimen socioeconómico de Venezuela. En tal sentido, la propia Constitución prohíbe actos, conductas o acuerdos que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan a su existencia, así como el abuso de posición de dominio y establece que la cartelización y otros delitos conexos serán penados por la Ley. La Constitución dispone que para hacer efectiva la libre competencia en Venezuela se dicte una ley por medio de la cual se cree el organismo de supervisión, control y fiscalización. En junio de 2001 se dio a conocer un Anteproyecto de esta ley, el cual se encuentra actualmente en su segunda discusión por parte de la Asamblea Nacional.

Las autoridades observaron que Venezuela considera necesario tener una normativa multilateral sobre política de competencia. En ausencia de ésta, la política de competencia en Venezuela está regulada a dos niveles: nacional y subregional andino. A nivel na-

cional, se adelantan investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia cuyos efectos son internos. La legislación venezolana de política de competencia actualmente en vigencia es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Pro-competencia), publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880 de 13 de enero de 1992. La Ley Pro-competencia establece la prohibición general de las conductas que impidan o falseen la libre competencia, a saber: acuerdos horizontales, prácticas verticales, abuso de posición de dominio, el boicoteo, la competencia desleal y las concentraciones económicas restrictivas a la libre competencia. La normativa de la Ley Pro-competencia ha sido complementada por los Reglamentos N° 1 y N° 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Gaceta Oficial N° 35.202 de 3 de mayo de 1993 y N° 35.963 de 21 de mayo de 1996, respectivamente). Cuando las prácticas contrarias a la libre competencia tienen efectos en dos o más países de la Región Andina, la norma aplicable para el restablecimiento de la libre competencia es la Decisión 285 de la Comunidad Andina.

Actualmente, el órgano encargado de supervisar la aplicación de esa Ley es la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, o Pro-competencia. Pro-competencia, es un organismo con autonomía funcional, adscrito administrativamente al MPC, cuyo objetivo es la supervisión, control y fiscalización de las prácticas comerciales e industriales en Venezuela y cuya misión principal es la determinación y sanción de prácticas anticompetitivas y el restablecimiento de la libre competencia en el mercado. Pro-competencia inició sus actividades en abril de 1992. En el caso de monopolios naturales, Pro-competencia vigila los procesos de desregulación a los fines de que se generen eficiencias y una mayor competencia.

El procedimiento administrativo para la determinación de prácticas restrictivas de la libre competencia puede ser iniciado de oficio o por cualquier persona natural o jurídica que presente denuncia contra una o varias de las prácticas prohibidas en la Ley, sin ser necesario que el demandante sea afectado directamente por las mismas. Una vez iniciado el procedimiento administrativo, se notifica al(a los) presunto(s) infractor(es), teniendo Pro-competencia un plazo de 90 días hábiles desde la fecha de notificación del procedimiento para dictar la resolución final. Las resoluciones finales pueden contener órdenes y condiciones para suprimir los efectos restrictivos en el mercado interno, o recomendaciones para modificar la práctica cuestionada. Si se determina que un agente económico ha incurrido en una práctica prohibida, Pro-competencia puede además imponer una sanción consistente en una sanción de hasta el 20 por ciento del valor de las ventas del infractor. Las decisiones emanadas de Pro-competencia, pueden ser recurridas ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dentro de los 45 días siguientes a la fecha de la notificación de la Resolución final.

El art. 18 de la Ley de Competencia establece la posibilidad de que se permita, bajo ciertas condiciones, la realización de actividades en principio prohibidas, como las representaciones territoriales exclusivas y las franquicias. En virtud de ello, mediante la Resolución N° 004-93 de 18 de junio de 1993, Pro-competencia estableció un régimen de excepción de la aplicación de la Ley para la orientación que sobre precios y condiciones de comercialización hagan las cooperativas y asociaciones de productores agrícolas con sus agremiados. Igualmente, mediante la Resolución N° 005-93 de 18 de junio de 1993 se estableció una regla de *minimis* según la cual no afectarían significativamente al mercado aquellos acuerdos, prácticas concertadas y decisiones entre com-

petidores referidos a bienes o servicios que: (a) no excedan del 15 por ciento del volumen total de negocios y (b) las empresas participantes tengan un volumen de operaciones anuales no mayor a 30 millones de bolívares⁵⁰⁸.

Pro-competencia dictó en 1999, una serie de Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica que establecen los mecanismos que serán utilizados para evaluar los efectos de las operaciones en el mercado. Entre los elementos que deberán ser evaluados se encuentran los siguientes: la existencia de competidores actuales o potenciales con capacidad de respuesta; si la operación de concentración económica hace más probable que la empresa resultante incurra en prácticas anticompetitivas unilaterales y que pueda desplazar o impedir el acceso al mercado a competidores; y si, como resultado de la operación, las empresas que participan en el mercado consiguen coludir con mayor éxito. En su análisis, Pro-competencia utiliza criterios que incluyen la definición del mercado relevante en el que operan las compañías que se fusionan, el cálculo del grado de concentración en dicho mercado antes y después de la operación, la magnitud de las barreras a la entrada en el mercado, y los beneficios económicos que pueden resultar de la operación de concentración. Cabe resaltar que, de acuerdo con la legislación vigente, la notificación

⁵⁰⁸ En el año 2000, Pro-competencia dictó los Lineamientos para la Evaluación de los Contratos de Franquicia, mediante la Resolución N° SPPLC/038-99 de 9 de junio de 1999, que establece los criterios para poder evaluar la procedencia de la autorización de dichos contratos. Según los lineamientos, la justificación para las autoridades radica en que las franquicias favorecen la entrada de nuevos competidores al mercado, ya que permiten crear una red de distribución uniforme con inversiones limitadas, favoreciendo la competencia con grandes empresas de distribución y evitando la concentración.

de las operaciones de concentración económica no son obligatorias. Sin embargo, Pro-competencia tiene la potestad de realizar una evaluación posterior cuando se sospeche de la existencia de efectos restrictivos e imponer condiciones para evitar tales efectos, de considerarse la misma restrictiva de la libre competencia.

La mayor parte de los casos de los que se ha ocupado Pro-competencia entre 1997 y 2001 han sido relacionados con la provisión de servicios, incluyendo transporte aéreo y marítimo, telecomunicaciones, turismo, servicios profesionales, entre otros. Entre los sectores industriales, Pro-competencia ha analizado casos de violación de competencia en sectores como alimentos y bebidas (gaseosas y alcohólicas), siderurgia, y productos farmacéuticos. Pro-competencia se ha ocupado con frecuencia de abusos de posición de dominio y de prácticas concertadas, como carteles de precios y segmentación de repartición territorial de mercados. También ha analizado casos relacionados con la manipulación de factores de producción, publicidad falsa, boicot y violación de secretos industriales. En lo que respecta a fusiones, sólo se han analizado contados casos, siendo los más prominentes Coca-Cola – Embotelladoras Hit en 1996 y Pinco Pittsburg – Corimon en 1993. En los casos analizados entre 1997 y 2001, la mayoría han sido autorizadas en base a parámetros de eficiencia y de criterios de mercados internacionales. Pro-competencia también está llamada a pronunciarse sobre los efectos de la aplicación de una medida de salvaguardia sobre la competencia, cuando, en el marco de una investigación sobre salvaguardias, la CASS solicite su opinión.

II. Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales en América Latina y el Caribe

1. Acción autónoma o complementaria de los acuerdos

A) Origen y diversidad de los acuerdos comerciales

Hasta ahora, la amplia literatura existente sobre políticas de competencia y acuerdos comerciales está referida especialmente a los acuerdos de integración o a su desarrollo a niveles plurilateral o multilateral. En ese contexto, la presente tesis se propone mostrar la incidencia del crecimiento de acuerdos comerciales bilaterales –en especial TLCs– sobre la cooperación internacional en políticas de competencia, al mismo tiempo que los países desarrollan sus sistemas nacionales de defensa de la competencia. Por otra parte, se interroga sobre la medida en que esa dinámica de acuerdos resulta complementaria a esfuerzos plurilaterales y multilaterales para establecer la coordinación y cooperación internacional en materia de competencia. Materias inseparables de la apertura generalizada y creciente de las economías, así como de cambios en la organización de la producción y su despliegue internacional, las que determinan nuevas condiciones de competencia.

Bajo la construcción de un nuevo sistema multilateral propiciada por la Ronda de Uruguay los países de la región han desarrollado en los años noventa un significativo esfuerzo en torno a acuerdos comerciales de diversa índole, bilaterales, subregionales y plurilaterales. Esta tarea vino a complementar la apertura unilateral realizada desde mediados de los ochenta.

i) En una primera etapa los países participaron en acuerdos intrarregionales, ACE/ALADI, y desde mediados de los noventa

empiezan a suscribir TLCs, más ambiciosos que los primero se involucrando a socios extrarregionales. Actualmente existen cerca de 40 acuerdos bilaterales, y más de la mitad son TLCs. De esta experiencia pueden dar cuenta especialmente Chile y México que han sido dos nodos importantes en una red creciente de acuerdos bilaterales o plurilaterales. Los TLCs comprenden normas más precisas que su predecesores respecto del comercio de bienes, y una liberalización más amplia y profunda en servicios e inversiones. Al mismo tiempo, estos acuerdos otorgan gran importancia al establecimiento de normas en materias más amplias relacionadas o con incidencia sobre el comercio, como la propiedad intelectual, las normas técnicas, las compras gubernamentales o la política de competencia. Con ello los TLC configuran muchas veces compromisos del tipo “OMC-plus” y contemplan mecanismos más precisos de solución de diferencias, pero no incorporan instrumentos que den cuenta de las asimetrías que caracterizan a los países involucrados.

ii) La emergencia de acuerdos comerciales se produce al mismo tiempo que los acuerdos subregionales: CAN, Mercosur, MCCA, CARICOM– han ido profundizando paulatinamente sus proyectos integradores. Paralelamente, con una demanda importante de esfuerzo negociador, la fracasada ALCA permitió en su día un proceso de aprendizaje a los países de la región y contribuido de algún modo a catalizar los acuerdos más recientes⁵⁰⁹. Fenómenos más recientes, como son la intensificación de las relaciones Sur–Sur y enfoque integrado del comercio y la cooperación, parecen marcar una reorientación de la estrategia de inserción para los países en desarrollo.

⁵⁰⁹ R. Bouzas, “El nuevo regionalismo y el Área de Libre Comercio de las Américas. Un enfoque menos indulgente”, *Revista de la CEPAL*, n° 85, 2005, pp. 7–18.

La apertura comercial y la ampliación de la integración entre los países a través de acuerdos comerciales, definen condiciones de competencia más exigentes en sus economías y en los mercados en que participa. Al mismo tiempo, las ventajas de la liberalización comercial pueden ser contrarrestados por prácticas anti-competitivas que afecten la economía nacional. Los desplazamientos de la IED, aparejados a los procesos de apertura, y con ello las tendencias concentradoras y el crecimiento del carácter transfronterizo de la actividad económica, demandan mayores esfuerzos en defensa de la competencia. Con ello, también se hace necesario un mayor grado de cooperación internacional en el establecimiento y aplicación de normas en esta área.

Por las razones expuestas, no es de extrañar que los países de la región con estrategias muy activas de inserción internacional, México y Chile, sean también los más activos en cooperación en política de competencia. Estos países se cuentan además entre aquellos con más historia de defensa de la competencia. De este modo, la atención sobre esta materia en la última década ha ido de la mano con la proliferación y profundización de acuerdos comerciales en la región, fenómeno que también se observa en la experiencia internacional.

En el ámbito multilateral no existe una normativa comprehensiva en política de competencia, lo que puede explicar la creciente incorporación de disposiciones sobre esta materia en los acuerdos y negociaciones bilaterales, subregionales y hemisféricas, constituyendo así una disciplina “OMC-plus”, toda vez que la Conferencia de Cancún en septiembre 2003 no logró la necesaria aceptación al programa de trabajo planteado en Doha, para dar curso al inicio de negociaciones en esta materia.

Paralelamente a la crisis del “regionalismo abierto”⁵¹⁰ como estrategia de integración, por su aplicación parcial y selectiva, se advierte en América Latina y el Caribe una gran conmoción y una notable incertidumbre en cuanto al futuro de los procesos que se han puesto en marcha en las últimas décadas⁵¹¹. Los escollos con que toparon los modelos consolidados en el decenio de los noventa certifican en la práctica su defunción, al menos en lo que concierne a su concepción originaria. Mas sería injusto ignorar que tales modelos han desarrollado un importante bloque normativo en materia de liberalización comercial, creado mercados ampliados más competitivos y conseguido eliminar ciertos aranceles y determinados trámites aduaneros para la libre circulación de mercancías, aunque persistan importantes barreras no arancelarias y otros obstáculos que evidencian que se dejaron muchas cosas por hacer. Como el creador del “Consenso de Washington” reconoció el desánimo de los latinoamericanos al no verse materializadas las esperanzas que se pusieron en marcha en los años noventa, cuando se confiaba en que las reformas emprendidas encauzarían a la región por un camino de crecimiento que permitiría una aproximación de los niveles de vida a los de los países industrializados.

B) Estrategias para un nuevo regionalismo

Fundaciones de nuevos bloques y alternativas no faltan, algo que da vitalidad a la integración económica en el continente, pero desde otros parámetros. El nuevo regionalismo latinoamericano se relaciona con las estrategias diferenciadas de algunos países líde-

⁵¹⁰ CEPAL, “El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad”, Santiago de Chile, CEPAL, LC/G.1801/Rev. 1-P (1994).

⁵¹¹ R. Bouzas, “El nuevo regionalismo y el Área de Libre Comercio de las Américas. Un enfoque menos indulgente”, *Revista de la CEPAL*, nº 85, 2005, pp. 7-18.

res de la región, que son observadas con preocupación tanto desde EE UU como desde la UE: México como promotor de acuerdos bilaterales de libre comercio, Argentina en relación a los problemas de deuda externa, y la pujante política exterior de Brasil como líder de Mercosur, y entre los países en desarrollo de mayor tamaño –los denominados BRIC (Brasil, Rusia India y China) en el G–20–, con vistas a su eventual incorporación al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. No en vano Brasil es el único país de la región que ha mantenido una importante estructura de producción industrial, mientras casi todos los demás eran arrastrados a una desindustrialización creciente. Todo ello sin contar la ruptura que se está produciendo en la integración regional como consecuencia, por un lado, de la conformación de un área norteamericana, liderada por EE UU, integrada por Canadá, México, Centroamérica y el Caribe, a través de tratados de libre comercio (TLC), que podría extenderse eventualmente a otros países sudamericanos, también con tratados de libre comercio con EE UU, que mira especialmente hacia Asia. Aunque con ciertas oscilaciones, se han incrementado los tratados bilaterales de comercio no sólo con los EE UU, sino con la UE y los numerosos países asiáticos emergentes, también la crisis ha llegado al regionalismo abierto practicado en los años noventa.

El cambio de la política estadounidense hacia la integración latinoamericana ha sumido a la región en un laberinto aún mucho más complejo que el que ya existía, al cuestionar en la práctica el principal presupuesto integrador latinoamericano y caribeño. Ante esta situación cabe plantearse si América Latina y el Caribe se encamina hacia un proceso neopanamericano, que tendría el patrocinio de los instrumentos sustitutivos del fracasado del ALCA, o neobolivariano, cuyos referentes serían los actuales intentos subregionales representados por el Mercosur, la Comunidad Andina, el G–3, el Mercado Común Centroamericano, el Caricom y la

Asociación de Estados del Caribe⁵¹². Aparecen nuevas experiencias que hacen tabla rasa de los mecanismos ya existentes, se producen cambios de orientación política y económica por parte de algunos Estados o bloques en el seno de ciertos mecanismos de integración y se observa la fractura entre Sudamérica por un lado y México, Centroamérica y el Caribe por otro. Florecen proyectos de integración marcadamente ideologizados, como el ALBA, que chocan frontalmente con muchos de los ya existentes, y prosperan proyectos claramente alternativos y contradictorias en cuanto a la integración regional como Unasur, que ha optado por un planteamiento calificado de “post-liberal”.

Es muy probable que ninguna de las dos opciones de integración protagonistas en los últimos tiempos levante vuelo. El ALCA difícilmente podrá vencer la oposición de la derecha proteccionista local unida a los movimientos antiglobalización en un matrimonio de conveniencia bendecido por los enemigos de la libertad de comercio⁵¹³. El ALBA, por su parte conduce a los reiterados fracasos históricos acaecidos en otros escenarios y en otras épocas (como el CAME) consecuencia directa de comerciar sin competir. Las oportunidades futuras de crecimiento económico de los países latinoamericanos, dependerá de la capacidad que tengan para seguir insertándose en la economía global, que si bien representa serios desafíos, también significa enormes oportunidades que no se pueden dejar pasar en provecho de sus pueblos y de sus sociedades.

⁵¹² E.E. Espinosa Martínez, “La Asociación de Estados de Caribe: una nueva realidad institucional”, *Economía y Desarrollo*, vol. 126, n° 1, 2000, pp. 71–96.

⁵¹³ L. Tineo, “Políticas de competencia en la construcción del Área de Libre Comercio de las Américas”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 70–79.

Por el momento los apologistas de los modelos subregionales pueden respirar tranquilos. Después de más de cuatro décadas profundizando en la idea de integración, no se ha podido llegar a un acuerdo en torno a cuál pudiera ser la vía más aceptable para emprender un proyecto de ámbito continental que trascienda a las subregiones y a los acuerdos multilaterales existentes, en ocasiones bastante restringidos o dispersos. Siguen omnipresentes la férrea oposición, enmascarada en vagas cuestiones de soberanía, y los nacionalismos, heredados de la época de la emancipación colonial. En las condiciones actuales del sistema del comercio internacional, donde la soberanía no dimana como atributo de carácter ilimitado dentro del Estado, sino de la necesidad de interrelación de los sujetos que forman parte del mismo, es menester la cesión de ciertas competencias tradicionalmente denominadas “soberanas”.

La internacionalización de la economía mundial engloba profundas aplicaciones para la existencia del Estado-nación independiente y soberano, que sigue siendo un supuesto fundamental del actual orden internacional, pues aún no se ha generado un sistema mundial autorregulado al margen del control político, pese a las posiciones vertidas desde la ideología neoliberal. Pero no es menos cierto que los Estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad pública con lo cual el contenido de la soberanía nacional y el papel del Estado-nación como actor de las relaciones internacionales se diluye progresivamente en un vasto mercado global. En la actualidad asistimos a un proceso dialéctico que se suscita en los siguientes términos: el desarrollo económico depende menos de un país en particular y más de la integración regional, que puede ser útil para evitar los efectos negativos de las especulaciones financieras que la “globalización” fomenta. Por el momento puede adelantarse la idea de que en el plano regional se facilita mejor la integración sobre la base de una democratización económica general: compatibilidad de divisas, libre comercio, reglas compartidas y, más que nada, la voluntad

común para fijar las reglas del juego de acuerdo con los intereses de la región entera. Propicia, asimismo, la coincidencia de intereses y, a menudo, de unos valores más comunes en otras esferas, tales como la inversión, la competencia, las normas laborales o las disposiciones sobre el medio ambiente.

2. Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales de la región

La profundización de los esquemas de integración orientados a la conformación de mercados comunes— ha contemplado asimismo la formulación y desarrollo de sus sistemas de competencia con más urgencia desde fines de los noventa. Respecto de estos acuerdos, existen normativas sólo en el Mercosur—1996, la CAN—1991 y la CARICOM—1997, bajo modelos diferentes que se orientan a la armonización de políticas, a la supranacionalidad o a la cooperación entre autoridades nacionales. Estos acuerdos presentan un bajo grado de implementación y aplicación de sus normas. Otro modelo está representado en el TLCAN, de 1992, que contempla una política de competencia orientada a cumplir los objetivos del área de libre comercio, sin carácter de supranacionalidad. Este acuerdo centra su atención en el cumplimiento de las leyes nacionales, la cooperación entre autoridades y la convergencia de leyes. El grado de cooperación previsto es menos intenso que el de otras experiencias extrarregionales, existen disposiciones relevantes sobre transparencia, monopolios y empresas del Estado, y hay un énfasis mayor en reducir la incertidumbre de la inversión.

Es importante señalar que el trabajo sobre competencia en los bloques mencionados ha contribuido al fortalecimiento de la institucionalidad en algunos de los países conformantes y las normas regionales permiten eventualmente afrontar situaciones que involucran países que no cuentan con normativa de competencia.

En el plano hemisférico cabe destacar que, dentro del proceso de negociación del ALCA iniciado en 1998, se ha configurado un

Capítulo sobre política de competencia, con múltiples opciones abiertas. En éste se encuentran preocupaciones que también existen en la OMC, como los principios básicos y los mecanismos de cooperación; y en varios artículos se han logrado desarrollos significativos para atender ciertos aspectos tanto sustantivos como de procedimientos respecto de esta política. El reto legislativo e institucional es importante en este marco ya que un gran número de países no cuenta aún con legislación en esta materia, pero ese desafío también dependerá de la configuración que adopte el piso básico común que se va a establecer dentro de la nueva arquitectura del acuerdo ALCA anunciada en Miami 2003. El proceso experimentado en el ALCA se retroalimenta con el trabajo de otras instancias plurilaterales. APEC y OECD– y multilaterales. OMC, UNCTAD, ICN– por la vía de análisis y debates en que participan crecientemente los países de la región. Cabe distinguir además que mientras en la OMC y el ALCA se propende a acuerdos vinculantes para los países participantes, en los restantes casos se establecen básicamente principios, pautas o recomendaciones con carácter voluntario por parte de tales países.

Por otra parte, la suscripción de TLCs bilaterales desde mediados de los noventa con participación de los países de la región .que en su gran mayoría contemplan disposiciones sobre política de competencia– ha sido un impulso adicional para que estos países profundicen su atención sobre estas políticas. Más todavía, teniendo en cuenta que la mayor parte de estos acuerdos se han establecido con países de mayor desarrollo que cuentan con sistemas de competencia de larga data y por tanto con conocimiento y experiencia de gran interés para los países de la región. A su vez este fenómeno, también agrega urgencias al desarrollo institucional de estos países.

Varios de los acuerdos comerciales expuestos conllevan cooperación internacional en materia de competencia, con la que se prevé enfrentar con más eficacias prácticas anticompetitivas en el ámbito doméstico o internacional en el nuevo contexto de apertura

e integración. En todos ellos se produce un intercambio general de información y experiencias así como discusión de cuestiones conceptuales y de otra índole. Los más ambiciosos avanzan en normas sustantivas y mecanismos de cooperación, aunque la mayoría apunta a fortalecer las leyes existentes.

Otro tipo de cooperación se genera para la resolución de casos concretos, o cooperación en la aplicación de las leyes, en la que se comprometen las autoridades de competencia de los países de un acuerdo bilateral. En la región existen nueve acuerdos de este tipo, algunos de los cuales se han enmarcado o han sido antecidos en acuerdos comerciales del tipo TLC.

Los acuerdos de México y de Chile, a diferencia de los Brasil, han establecido la cooperación para la aplicación de las leyes de competencia como un complemento a los TLCs firmados con alguno de sus socios. Es decir en estos casos, se desarrolla el componente de cooperación que se ha expresado de un modo muy preliminar en dichos tratados. Uno de los principales resultados de los acuerdos formales ha sido estimular la cooperación informal, más sistemática y difundida, considerando la discusión de enfoques y aprovechando información de casos con elementos comunes.

Por su parte, los capítulos de competencia en acuerdos comerciales, debido a sus objetivos de integración de mercados, suelen contener más normas sustantivas que sólo normas de procedimiento para la cooperación (UNCTAD, 2003). En la experiencia de la región, el contenido de los capítulos sobre competencia de los TLCs es de una gran diversidad en alcances, enfoques y compromisos involucrados, como se verá.

3. Política de competencia en acuerdos comerciales de libre comercio

A) Aspectos generales

Analizar las condiciones y política de competencia en los acuerdos bilaterales –TLCs– sólo por medio de los capítulos referidos al tema, subestima de algún modo la importancia que asignan los países a estas materias en sus acuerdos comerciales. En esta oportunidad, el alcance de este análisis es más limitado y la relevancia de esta limitación se produce especialmente por el carácter interdependiente y transversal de la política de competencia, la que se inscribe en un contexto de reformas y en coordinación con otras políticas y regulaciones nacionales. Sin embargo, los capítulos abordan de modo comprensivo la preocupación de los países firmantes por la existencia de prácticas anticompetitivas que pueden menoscabar los efectos de la liberalización y hacer menos eficiente el funcionamiento económico. Al mismo tiempo, en estos capítulos se propende a asegurar por medio de compromisos mutuos y de cooperación– que la política nacional atienda esos objetivos y desarrolle mecanismos que aseguren su cumplimiento.

Considerando lo indicado, cabe señalar que esta presentación no incluye, en lo que resta del capítulo, algunas disposiciones de los acuerdos que atienden materias vinculadas a la competencia. Entre ellas se encuentran el tratamiento a las prácticas desleales de comercio internacional, los temas regulatorios, las normas sobre los servicios –especialmente telecomunicaciones– y la propiedad intelectual, entre otros.

Los primeros acuerdos se firmaron en 1996, sin embargo, es en los últimos años cuando se concreta la suscripción de la mayoría de ellos, más de la mitad generada desde el año 2000 y solo en 2003 se firmaron seis de ellos. Esto hace más difícil evaluar los

beneficios que puedan derivarse de su implementación, la que en varios casos aún no se ha iniciado. Por otra parte, la experiencia está bastante concentrada en la región en dos países, México y Chile, los que han participado en 13 acuerdos, incluido aquel bilateral firmado por ambos en 1998. Otros países activos en acuerdos con capítulos de competencia han sido el grupo de Centroamericanos, Costa Rica y Panamá.

La heterogeneidad de los socios participantes en estos acuerdos es significativa respecto del nivel de desarrollo, del tamaño económico y del desarrollo de la institucionalidad de competencia. En algunos casos los acuerdos involucran países o bloques que no tienen normativa sobre competencia, en el sentido de contar con leyes e instituciones comprensivas dedicadas a la defensa de la competencia, como son los casos de Centroamérica o República Dominicana.

Los capítulos analizados también muestran grandes diferencias en su contenido respecto de motivación, enfoques, componentes y nivel de compromisos, que probablemente puedan ser entendidas en función de diversas características del acuerdo y de los países firmantes. Entre ellas, el alcance del acuerdo en que se inscriben y la profundidad de compromisos, el tamaño, estructura económica y nivel de desarrollo de los países, la historia e intensidad de relaciones económicas/ comerciales entre éstos, y la madurez y proximidad de enfoques en sus institucionalidades de competencia. Esta diversidad hace más difícil la comparación y establecimiento de esquemas que pudieran interpretarse como modelos de acuerdos en materia de competencia. De allí que el establecimiento de categorías .o temas normativos– corresponde a una propuesta del trabajo para avanzar en dirección a la identificación de modelos de acuerdos de cooperación.

La tarea de caracterizar los 18 acuerdos considerados se ha desarrollado organizando las disposiciones contenidas en ellos en torno a seis grandes tópicos, con los que se facilitaría la compara-

ción. Ésta se hará teniendo en cuenta los siguientes aspectos: Objetivos, principios e institucionalidad, ámbito de aplicación, monopolios y empresas del Estado, cooperación y coordinación y solución de controversias. Estos elementos permiten explorar el alcance que los países han querido otorgar a sus compromisos mutuos en políticas de competencia, las perspectivas para perfeccionar sus normativas y hacer más eficientes sus procesos de aplicación, y la profundidad de la cooperación buscada en la materia. Según los elementos planteados, se distingue un rango amplio respecto del nivel de ambición de cada acuerdo, que ubicaría en primera instancia aquellos de Chile–EEUU, Costa Rica–Canadá y México–Unión Europea. Por su parte, otros acuerdos plantean sobre todo la intención de iniciar un trabajo coordinado en la materia, como el caso de Mercosur–Chile en 1996.

Un primer examen a los acuerdos reseñados muestra que los objetivos perseguidos se orientan explícita o implícitamente en dos direcciones, por una parte procurar que prácticas anticompetitivas no menoscaben los beneficios del tratado o que ayuden en sus objetivos y, por otra, promover la cooperación y coordinación. En muy pocos casos se explicita la búsqueda de eficiencia y el bienestar de los consumidores y sólo el acuerdo Chile–Mercosur se ha propuesto establecer normas sobre defensa del consumidor. Cabe destacar que el objetivo específico de promover la cooperación y coordinación se ha explicitado en más de la mitad de los acuerdos, así como también el reconocimiento de la importancia de estas funciones. En varios de ellos se constata además una diversidad de mecanismos adoptados para su implementación. Esta dimensión, que será mostrada con mayor detalle en el apartado sobre cooperación, puede encontrarse especialmente en los acuerdos firmados con bloques europeos UE, AELC– y países del Asia, así como entre Canadá y Costa Rica.

Del mismo modo que los acuerdos de integración, los bilaterales contienen normas sustantivas y no sólo de procedimientos de cooperación, como ocurre en aquellos entre agencias. Sólo unos

pocos de estos acuerdos establecen el propósito de avanzar a disposiciones comunes y son casos que involucran generalmente países de pequeño tamaño. Esto sugiere que la mayoría de los acuerdos prioriza la intención de mantener la primacía de las leyes nacionales. En aquellos casos orientados a disposiciones comunes es marcado el objetivo de iniciar un trabajo conjunto, como se expresa en los acuerdos Chile–Mercosur, Centroamérica–Panamá y Costa Rica–Caricom. Es destacable la existencia de unos pocos acuerdos en que participan países que no tienen normativa sobre competencia, lo que alude potencialmente al uso del acuerdo como catalizador de política doméstica. Los países que se encuentran en esta categoría son República Dominicana y países de Centroamérica y de CARICOM.

Finalmente, ningún acuerdo explicita la relación de la política de competencia con las normas sobre las medidas comerciales correctivas antidumping y derechos compensatorios—. Esto difiere de lo que ocurre en acuerdos de integración fuera de la región o en el ANZCERTA, en los cuales se prohíbe o renuncia a la aplicación de tales medidas⁵¹⁴. Y solo algunos (como el acuerdo México–Chile), contemplan el estudio de la relación entre leyes y políticas de competencia y el comercio, en la zona de libre comercio, donde podría abordarse el tratamiento de las medidas mencionadas.

⁵¹⁴ *Australia New Zealand Closer Economic Agreement* (1983). El ANZCERTA es el acuerdo de libre comercio de Australia que lleva más tiempo en vigor (las disposiciones sobre el comercio de mercancías entraron en vigor en 1983 y las del comercio de servicios, en 1989). Se basa en una red de acuerdos bilaterales sobre varios aspectos, en particular la circulación de personas, el reconocimiento mutuo de normas, la contratación pública y la aviación. Además, las importaciones procedentes de Nueva Zelandia no están sujetas a medidas antidumping (que se rigen por las leyes de competencia) ni a medidas de salvaguardia; sin embargo, pueden aplicarse medidas compensatorias (capítulo III 2) vi) a). Se estima que entre 1983 y 2005, el comercio de mercancías en las dos direcciones aumentó anualmente en torno al 9 por ciento como promedio, y actualmente Nueva Zelandia es el quinto mercado más importante de bienes y servicios para Australia.

Los principios de no-discriminación y transparencia son una característica común a muchos de los acuerdos comerciales del ámbito multilateral. Algunas materias de este ámbito, que involucren acciones de carácter jurídico, contemplan además el principio del debido proceso. Cerca de un tercio de los acuerdos bilaterales analizados identifican explícitamente uno o más de estos principios, y en general ello ocurre en los más recientes, como los de Costa Rica-Canadá y Chile-EEUU. Sólo tres acuerdos, que involucran a Chile, señalan además la importancia de adoptar principios aceptables para las partes en foros multilaterales como la OMC.

En materia de transparencia, algunos acuerdos muestran especial preocupación por la disponibilidad pública de las medidas y su argumentación respecto de prácticas anticompetitivas. Se estima que el acordar y Estos objetivos se buscarían por medio de fortalecer la aplicación de las políticas de competencia de los socios participantes, especialmente en la zona de libre de comercio, para evitar distorsiones que afecten el comercio.

En cuanto a instituciones específicas en el ámbito de la política de competencia, son pocos los acuerdos que establecen requisitos de imparcialidad y autonomía para establecer o mantener las autoridades de competencia, como son los casos de Costa Rica-Canadá y Chile-EEUU. Algo menos de un tercio de los acuerdos prevén establecer un órgano o comité asesor, ya sea para buscar los medios de aplicación de los compromisos de cooperación y el desarrollo de capacidades, o para estudiar la relación entre comercio y política de competencia. Algunos contemplan asimismo la designación de funcionarios responsables para atender las consultas. La importancia de estos aspectos radica en que la eficaz aplicación de estos acuerdos requiere de una coordinación entre los organismos de negociaciones en cada país y los responsables técnicos de la política doméstica.

Todo lo indicado podría revelar el reconocimiento de que las instituciones correspondientes se encuentran aún en formación o en incipientes procesos de desarrollo. La escasa indicación de posibilidades de recurrencia a algún mecanismo de solución de controversias, podría estar marcando algo similar.

Los acuerdos analizados contienen en general normas sustantivas respecto de prácticas anticompetitivas de las empresas, con referencias marginales a las acciones del gobierno, como las ayudas estatales. En este aspecto los acuerdos bilaterales difieren de aquellos establecidos en bloques subregionales o en la experiencia de acuerdos de la UE con otros europeos (antes de la ampliación reciente del bloque).

Unos pocos acuerdos identifican claramente las prácticas anticompetitivas sobre las cuales priorizarán la atención en materia de competencia y la mayoría de ellos resultan genéricos en su descripción. Entre esas prácticas, se encuentran las siguientes: acuerdos o prácticas concertadas, abuso de posición dominante, concentraciones, fusiones y adquisiciones. En contraposición, la mayor cantidad de acuerdos que no identifican dichas prácticas, es también el grupo cuyo capítulo sobre la política de competencia está centrado u otorga mayor atención a los monopolios y empresas del Estado. Cabe señalar, por otra parte, que la mayoría de estos acuerdos exceptúan de la supervisión sobre los monopolios a los organismos gubernamentales que adquieran bienes o servicios con fines oficiales y sin propósitos comerciales. Y sólo el acuerdo de Costa Rica– Canadá contiene normas de transparencia y de evaluación respecto de las exclusiones.

Más de la mitad de los acuerdos analizados contienen normas sobre monopolios y empresas del Estado, en el enfoque TLCAN, y solo siete de ellos contienen normas detalladas al respecto. En la mayoría se reconoce la posibilidad de que los países, sujetos a sus legislaciones, puedan designar monopolios o establecer empresas del Estado y notifiquen la designación de estas entidades cuando

puedan afectar los intereses de otra Parte. La supervisión apunta a que su funcionamiento no vaya en desmedro de los objetivos del tratado, que actúen según consideraciones comerciales o que no utilicen su posición monopólica para llevar a cabo prácticas anti-competitivas. Para algunos la supervisión debe hacerse mediante control reglamentario, supervisión administrativa u otros mecanismos; y escaparían de ella los organismos públicos en su actuación sin fines comerciales.

En algunos acuerdos del tipo TLCAN se ha previsto que los monopolios y las empresas del Estado, al desempeñar su función comercial, no otorguen trato discriminatorio a la inversión o a los bienes y servicios de otra Parte. En varios de ellos se explicita además que las restricciones puestas sobre los monopolios no impiden que éstos fijen precios en diferentes mercados geográficos siempre que estas diferencias respondan a consideraciones comerciales normales en los mercados.

Los acuerdos que han puesto requisitos de competencia más importantes sobre las entidades citadas, son también los que han formulado compromisos más laxos en materia de cooperación y coordinación, mostrando en algunos casos un mayor énfasis en la aplicación de las legislaciones respectivas. Varios de ellos prevén además que exista solución de controversias sobre los compromisos adquiridos en las disposiciones respecto a monopolios y empresas del Estado. Cabe señalar por otra parte, que muchos de estos acuerdos contienen además disposiciones sobre monopolios en otras secciones del tratado como las de servicios, y más específicamente de telecomunicaciones.

Los elementos contenidos en el ámbito de la cooperación y la coordinación para la aplicación de las leyes y política de competencia de los países involucrados muestran en los acuerdos analizados una gran diversidad respecto del detalle o profundidad de los compromisos. Entre los principales elementos se encuentran: i.) la notificación de las actividades de aplicación de las leyes; ii.)

el intercambio de información para facilitar la aplicación efectiva; iii.) las consultas .y prevención de conflictos– cuando intereses importantes de un país sean afectados adversamente en otro territorio; y iv.) la cooperación técnica mutua. En menor medida, se encuentra la coordinación para la aplicación de la ley en casos específicos.

Casi todos los acuerdos contienen referencias a la notificación de las actividades de aplicación si ellas pueden afectar los intereses de sus socios, si es pertinente para sus tareas de aplicación o se trata de la designación de monopolios o empresas del Estado. Normalmente, los acuerdos contienen la recomendación de efectuar la notificación con cierto detalle y en las etapas iniciales de los procesos o situaciones a que esté referida. Algunos acuerdos –México–UE y Chile–UE, entre otros– detallan con más precisión el tipo de situaciones que la requieren, aludiendo en general a actividades transfronterizas o con efectos de esta índole; así como a la aplicación de medidas con efectos extraterritoriales. Más de la mitad de los acuerdos establece compromisos de intercambio de información, en general no confidencial, para facilitar la aplicación efectiva de las leyes de competencia. Varios contienen algún detalle del tipo de información sugerida; en ciertos casos referida a la aplicación y fundamentación de las medidas y sanciones correctivas adoptadas; y en otros, a los monopolios, empresas del Estado o ayudas estatales. En un buen número de acuerdos existen además disposiciones que cautelan la necesidad de condicionar la información a normas nacionales de confidencialidad. Contados casos prevén que, sujeto a ciertos o requisitos, la información confidencial se facilite a órganos judiciales del país respectivo.

El mecanismo de consultas está comprometido en un importante número de acuerdos .y en un caso se prevé además la prevención de conflictos–. En algunos de ellos, las consultas están dirigidas a evaluar la aplicación del capítulo o aplicar a los casos en que intereses importantes de un país puedan verse afectados en el territorio de otro. Algunos también han previsto consultas res-

pecto de investigaciones y eficacia de las medidas, de prácticas anticompetitivas, o de operación, ejecución, aplicación e interpretación del capítulo.

Asimismo, algunos acuerdos apelan a la consideración plena y favorable de parte de quien recibe estas consultas. Por medio del mecanismo de consultas algunos acuerdos se aproximan a los principios de cortesía positiva o negativa, pero sólo cuatro casos contemplan uno o los dos principios con cierto grado de desarrollo.

Cabe señalar que las consultas también pueden desempeñar el papel de requisito o alternativa a la solución de controversias, lo cual resulta importante cuando la mayor parte de los acuerdos explícitos o implícitamente no contempla instrumentos específicos para enfrentar controversias respecto de la política de competencia. La coordinación en la aplicación de la ley para casos específicos aparece en cuatro acuerdos relativamente recientes, aquellos con la UE, de México y de Chile, el de Chile con la AELC y el de Chile–Corea. Este es en cambio uno de los objetivos principales de la cooperación entre agencias de competencia, el que se establece en acuerdos independientes o en complemento a los acuerdos de libre comercio. El resto de las áreas de coordinación, y en especial aquellas que van más allá del intercambio de información, también corresponden en buena medida a los componentes de acuerdos entre agencias.

La cooperación técnica mutua aparece en algunos acuerdos solo como enunciado de interés y en otros como base para aprovechar las experiencias y reforzar la implementación de políticas y leyes de competencia. En uno o dos acuerdos se incorpora la asistencia legal mutua y solo el de México–UE presenta con más detalle el tipo de actividades que puede involucrar. Cabe destacar, que en el ámbito multilateral este componente de la cooperación es parte del trato especial y diferenciado, donde se recoge la existencia de grandes asimetrías en la institucionalidad de competencia

de los países. Ante estas asimetrías los países de menor desarrollo enfrentan desafíos respecto de acortar las brechas en cuanto al desarrollo regulatorio y a la capacidad de obtener información, así como a obtener recursos para el tratamiento cooperativo de casos con expresión internacional.

A diferencia de algunos acuerdos de integración que contemplan la creación de autoridades internacionales, y en algunos supranacionales, son pocos los acuerdos bilaterales que especifican una institucionalidad para hacerse cargo de los compromisos de cooperación en política de competencia dentro del acuerdo. En la mitad de los acuerdos analizados se reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación .algunos más explícitamente sobre la zona de libre comercio– pero se desarrolla en menor medida la operacionalización de disposiciones y compromisos al respecto.

En general los acuerdos que contienen un mayor nivel de ambición en estas funciones son aquellos firmados con la UE y el AELC, así como los acuerdos de Costa Rica–Canadá y Chile–Corea. La menor referencia a cuestiones de cooperación en los restantes, muchos de los cuales siguen el modelo TLCAN, explica el desarrollo posterior de acuerdos entre agencias y complementarios a los tratados, precisamente para abordar esas tareas. Es el caso de los varios acuerdos o memorando establecidos por México, Chile y Costa Rica, éste último siguiendo el TLC Chile–MCCA. La experiencia internacional revela que los países participantes de estos acuerdos van aproximando también sus enfoques en la materia y tienen por tanto una mayor posibilidad de convergencia legislativa. (UNCTAD, 2003 a: p.12 y 13).

B) Contenido y modelos

La caracterización presentada en la sección anterior ayuda a identificar la existencia de ciertos tipos, eventualmente modelos, de acuerdos de cooperación en función de sus componentes y enfoques establecidos. Esta sección se propone avanzar en esa línea y hacer al mismo tiempo una mirada transversal para integrar y destacar algunas regularidades entre los distintos temas que componen los acuerdos. Con la cautela que corresponde, dadas las grandes diferencias entre los acuerdos analizados, pueden establecerse en una primera instancia dos grandes tipos de acuerdos, aquéllos orientados a la cooperación y los orientados a fortalecer la legislación y su aplicación (con particular énfasis sobre monopolios y empresas del Estado). Una categoría especial puede conformarse por aquellos acuerdos con capítulos de competencia que solo establecen el propósito de fortalecer su institucionalidad.

Se han identificado siete acuerdos del primer tipo, orientados a la cooperación, los que corresponden especialmente a aquellos firmados por Chile y México con la UE y con el AELC, con países de Asia (Chile–Corea y México–Japón) y el acuerdo Costa Rica–Canadá. En varios de estos acuerdos se explicitan las figuras anticompetitivas que serán cubiertas en ellos y se establecen compromisos más detallados para una o más de las funciones de la cooperación examinadas. Normalmente, tales acuerdos no incluyen disposiciones sobre la solución de controversias, y cuando lo hacen es para indicar que no se aplican los mecanismos del Tratado para tratar los problemas que surjan en el capítulo. Algunos ejemplos que merecen ser destacados en este tipo de acuerdos son los siguientes: –Costa Rica y Canadá, países con diferente nivel de desarrollo e institucional, que se propusieron en el capítulo sobre competencia de su TLC –en 2001– un marco para la aplicación de sus legislaciones y políticas de competencias en el plano nacional o subregional, así como para la cooperación y coordinación entre sus autoridades. Este acuerdo explicita y elabora además algunos

principios importantes como la transparencia, el debido proceso y la no discriminación (OMC, 2001). –México y UE, establecieron un mecanismo de cooperación en el TLC firmado el año 2000, en el marco de su Acuerdo de Asociación de 1997. Este mecanismo tiene características muy similares a los descritos entre agencias para la aplicación de las leyes, si bien está inscrito en el acuerdo comercial señalado. La pertenencia a la OECD fue un antecedente relevante para la elaboración de compromisos en política competencia en el TLC, ya que las actividades en ese organismo .han contribuido a generar un clima de confianza y entendimiento.

Estos acuerdos no muestran un propósito explícito de armonización de enfoques en función de sus objetivos de integración de mercados, a diferencia de lo ocurre en acuerdos de integración (la UE o el ANZCERTA). Sin embargo, avanzan más allá de los procedimientos de cooperación contenidos en los acuerdos sobre aplicación de leyes. Mientras los propósitos de estos últimos apuntan a la prevención de conflictos y a asegurar la consideración cuidadosa de sus respectivos intereses importantes. En los capítulos de competencia enmarcados en acuerdos comerciales uno de los principales propósitos es asegurar que las restricciones o distorsiones a la competencia no aminore los beneficios del tratado o no afecten el comercio entre los socios.

Por su parte, aquellos acuerdos del segundo tipo, que priorizan el cumplimiento de legislaciones propias y sobre todo, otorgan especial atención a las condiciones en que operan los monopolios y empresas del Estado, son básicamente aquellos establecidos en el modelo TLCAN. Estos acuerdos involucran a uno de los países que conforman dicho acuerdo –México con Israel, con Chile y con Uruguay; EE UU con Chile; y Canadá con Chile–, algunos de Centro América .con Chile y con Panamá; y de este último con Taiwán. En ellos se procura, que el funcionamiento de monopolios y empresas del Estado se produzca según consideraciones comerciales (incluso para la fijación de precios), que no minimice

los beneficios del tratado o contradiga las leyes de competencia y que no otorgue trato discriminatorio a la inversión.

Con el fin de asegurar el cumplimiento de condiciones como las indicadas, se prevé que los países establezcan mecanismos de control o supervisión. En ellos, normalmente la solución de controversias no es aplicada respecto del cumplimiento de las legislaciones o políticas domésticas, como sí lo es para las normativas sobre monopolios y empresas del Estado. Se reconoce la importancia de la cooperación y coordinación para la aplicación de las legislaciones en la zona de libre comercio, pero en general estos acuerdos no contienen un desarrollo que establezca claramente sus condiciones o procedimientos. De allí que, más recientemente, algunos de estos acuerdos se han ampliado con la firma de acuerdos específicos de cooperación entre agencias de competencia.

Algunos casos más claros en este esquema son los siguientes:

– Chile y Canadá, que en 1996 firmaron el primer acuerdo de un país en desarrollo con un país del TLCAN, desde su entrada en vigencia en 1994. Un antecedente a la relación entre estos socios es la participación de ambos países en los foros de APEC y el ALCA. Debe notarse que este acuerdo comprometió la eliminación de los derechos de antidumping en la zona de libre comercio y como se ha indicado, en 2001 ambos países firmaron un memorando de entendimiento para la cooperación en la aplicación de las leyes.

– Chile y EE UU, que firmaron uno de los acuerdos más recientes y amplios entre aquellos de los países de la región. Este acuerdo involucra todos los aspectos de la relación económica bilateral. En materia de competencia incorpora mayores precisiones que las establecidas en el de Chile–Canadá, desarrolla algunos principios .especialmente transparencia entre las partes– e incorpora el mecanismo de consultas.

La categoría especial, mencionada al empezar la sección, contiene otros acuerdos que establecen básicamente la idea de fortalecer los sistemas de competencia de los países involucrados. Éstos fueron firmados al inicio del período analizado (1996) e incluyen como socios países que no tienen sistemas de competencia (República Dominicana, Centro América). El tipo de compromisos establecidos allí indica que los países firmantes procurarán avanzar hacia esquemas normativos para disciplinar acciones anticompetitivas, se coordinarán para desarrollar esquemas metodológicos para el tratamiento de casos o avanzarán hacia disposiciones comunes.

Finalmente, se puede observar que un mismo país puede establecer distintos tipos o modelos de acuerdos según los socios participantes. Esta constatación agrega argumentos a la idea de que la configuración de los acuerdos responde a variados factores, entre los cuales los de mayor relevancia parecen ser: el carácter y la profundidad del acuerdo comercial en que se inscribe, el nivel de desarrollo de los socios, la madurez relativa de sus sistemas de defensa de la competencia y la experiencia adquirida en la firma de acuerdos previos. La identificación de las diferencias más marcadas entre los distintos tipos de acuerdo permite, por su parte, un aprendizaje a países que no están involucrados en ellos aún, y apoyar su búsqueda por arreglos que respondan mejor a sus particulares intereses.

C) Recapitulación y perspectivas para la cooperación en política de competencia

Se ha visto a lo largo de este documento que los países de la región durante los noventa y hasta la fecha han desarrollado un intenso trabajo en política de competencia, tanto para la introducción o perfeccionamiento de esta política, como para su participación en negociaciones y acuerdos internacionales que la contemplan. En este segundo aspecto, la tarea ha demandado definir la

cooperación en el ámbito internacional, que es posible de efectuar a varios niveles, multilateral, hemisférica, subregional y bilateral. Áreas que presentan grandes interdependencias además, un costo derivado de la participación en múltiples foros y un aprendizaje que se retroalimenta entre niveles y entre los distintos temas que conforman estas negociaciones y acuerdos. El intenso trabajo desarrollado por los países de la región en el campo de los acuerdos comerciales que contienen compromisos en materia de competencia, se ha expresado con más fuerza todavía en los últimos años en aquellos de carácter bilateral, donde como se ha indicado México y Chile han desplegado la mayor actividad en este campo.

Uno de los aspectos que merecen atención en la dinámica mostrada por esta tarea es la heterogeneidad de los países participantes en cuanto a tamaño, nivel de desarrollo o madurez de los sistemas de competencia; con participación incluso de países que no disponen de leyes e instituciones de competencia. A pesar de lo anterior, no se observa en materia de política de competencia un trato especial y diferenciado (TED) respecto de aquellos países de menor desarrollo en sus diversas dimensiones. Más allá de la voluntad de los países, ésta es una materia de difícil abordaje en la coordinación de política de competencia, como se ha mostrado también en las discusiones del ALCA y de la OMC. De modo que está abierto el espacio de discusión respecto de la pertinencia del TED, de la utilidad de disponer de plazos mayores o de requisitos más flexibles para que estos países participen de tales acuerdos. En tal sentido, la experiencia de un tipo de acuerdos como los denominados EPA., que introduce compromisos importantes de cooperación, resulta interesante con respecto a socios que presentan grandes disparidades.

Vinculado al tema anterior se encuentra la constatación de los distintos modelos adoptados por un mismo país para definir la coordinación en competencia según el socio con que se firman los acuerdos. Lo cual como se ha indicado responde a características tanto de los acuerdos como de los países participantes. Claramente

algunos de estos acuerdos tienen un componente más importante de cooperación porque el acuerdo en sí mismo se desarrolla dentro de ese tipo de compromisos con cada socio en función de los objetivos o papel que juegue dicho socio en su estrategia de inserción. Algo de ello puede ilustrarse por medio de acuerdos complementarios entre agencias que han emergido luego de algunos años desde la firma de un TLC que tienen un alcance acotado de la cooperación en sus capítulos de competencia. Será importante por ello, observar cómo evolucionan los esfuerzos de coordinación en el tiempo, reconociendo que muchos de estos acuerdos son muy recientes para hacer dicho ejercicio en este momento. Cabe señalar que a fin de continuar el análisis iniciado aquí podría plantearse, en trabajos posteriores, la evaluación de las experiencias regionales a la luz de los avances de la cooperación bilateral en el ámbito internacional. Considerando los casos analizados, esta evaluación puede ir por dos vías, una que considere los acuerdos de cooperación entre agencias— para la aplicación de las leyes y otra que considere los acuerdos comerciales con disposiciones sobre política competencia. La evaluación respecto de los primeros puede hacerse básicamente con relación a la experiencia que existe entre países desarrollados. Por su parte, el contexto para evaluar los acuerdos comerciales debería considerar aquellas áreas vinculadas con la competencia abordadas en otros capítulos de éstos, es decir en una mirada más integral de los acuerdos.

A partir de algunas de esas experiencias internacionales se ha concluido que los acuerdos bilaterales para la cooperación en competencia presentan limitaciones, costos y beneficios. Sobre las limitaciones puede indicarse que este tipo de acuerdo resulta insuficiente para atender los desafíos de la globalización, en la que se producen mayores interdependencias que las que se establecen a escala bilateral. Hasta ahora se ha observado además que los acuerdos bilaterales resultan más efectivos entre grandes países debido a la necesidad de reciprocidad y equilibrio de intereses. En cuanto a los costos, se distinguen en primer lugar aquellos de ne-

gociación y administración, así como también se produce una necesidad creciente de recursos para implementar la cooperación, dar respuesta a peticiones, gestionar notificaciones y consultas. En etapas avanzadas de procesos de investigación, también puede dificultarse la coordinación de medidas coercitivas.

Por su parte, uno de los principales beneficios de estos acuerdos es su incidencia en la construcción de capacidad y probablemente en la cultura de la competencia, especialmente cuando países en desarrollo establecen la cooperación con países de mayor desarrollo. Asimismo se otorga un marco jurídico a la cooperación y se fomentan relaciones más estrechas. Existe también un potencial aprendizaje en la solución o prevención de controversias surgidas en torno a actividades transnacionales y puede facilitarse la convergencia analítica. Estos beneficios se pueden lograr además con mayor facilidad y en menor tiempo que el requerido para un acuerdo pluri o multilateral. Asimismo, el ejercicio de coordinación en materia de competencia representa potencialmente una mayor capacidad negociadora a niveles superiores, en acuerdos subregionales, pluri o multilaterales.

En otro sentido, también cabe reiterar el aporte que hacen la discusión y negociación a niveles mayores a la generación de acuerdos bilaterales y a la construcción de capacidad en los países con un desarrollo incipiente en materia de política de competencia. En el capítulo anterior ya fueron señaladas esas principales instancias, como OECD y la UNCTAD. Pero también han hecho aportes conceptuales y de principios significativos organismos como APEC, ALCA y OMC, a lo que se agregan los avances en transparencia y aprendizaje de las experiencias compartidas, así como la cooperación para el desarrollo institucional que normalmente incorporan.

La participación de los países de la región en una gran cantidad de acuerdos comerciales bilaterales con el componente de política de competencia no debe hacer perder de vista potenciales

costos y beneficios como los antes indicados. La heterogeneidad de ellos plantea además un desafío en términos de armonización. Asimismo, se presenta el riesgo de que la articulación de la política de competencia con otros elementos de política comprometidos en los acuerdos, conlleve impactos sobre terceros países en términos discriminatorios.

Finalmente, cabe destacar la incidencia que ha tenido la incorporación de la política de competencia en acuerdos subregionales o de integración sobre el fortalecimiento de políticas nacionales, sin embargo, en ese nivel subregional se ha producido un atraso en los últimos años. La continuación de este proceso se ha expresado más bien en acuerdos bilaterales de cooperación, los que podrían contribuir a formar o fortalecer de un modo más generalizado la cultura de la competencia. Asimismo, no es de extrañar que los países participantes de tales acuerdos avancen de uno u otro modo hacia un acercamiento de sus enfoques y prácticas, acrecentando con ello las posibilidades de aunar esfuerzos ante las negociaciones de acuerdos de mayor alcance (ALCA y OMC).

III. Estudio de algunos modelos

1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

A) Marco general

Agrupar como miembros a Canadá, EE UU de América y México configurando un proceso de integración de mercados cuyo origen fueron dos convenios que EE UU suscribió con los otros dos países integrantes en 1965 y, posteriormente, con Canadá, (Pacto Automotor) y con México (programa de las maquiladoras en el Norte). Décadas después, en 1990, México y EE UU acordaron comenzar la negociación de un acuerdo de libre comercio, mostrando Canadá gran interés por formar parte del tratado final. Las negociaciones se llevaron a cabo a lo largo de los años 1991 y 1992, llegando a ser aprobado el Tratado definitivo durante el año 1993 por los Parlamentos de cada uno de los tres países integrantes. En 1994 iniciaba sus actividades.

Por la magnitud de los mercados implicados conforma un bloque de comercio de alcance mundial tan grande en población y en producción como los países de la UE. Representa también una innovación en cuanto vincula economías con niveles de ingreso muy diverso, permitiendo a Estados de economía muy diferenciada mejorar la eficiencia y la productividad de su fuerza de trabajo y propiciar que sus economías compitan de forma más eficiente contra los empresarios extranjeros en los mercados nacionales e internacionales. Los beneficios generados por el Tratado son los obvios y lógicos de este tipo de tratados internacionales, es decir, el comercio de las zonas comunes se ve potenciado, mejorado y ampliado, provocando a su vez una mejora en la eficiencia de las transacciones comerciales y de servicios.

El objetivo esencial del TLCAN es eliminar barreras al comercio entre Canadá, México y EE UU, estimulando el desarrollo económico y dando a cada país signatario igual acceso a sus respectivos mercados. Para ello incluye las siguientes acciones (art. 102 TLCAN): a) promover las condiciones para una competencia justa; b) incrementar las oportunidades de inversión; c) proporcionar la protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual; d) establecer procedimientos eficaces para la aplicación del Tratado y para la solución de controversias. Los principios fundamentales en los que se basa son la transparencia, el tratamiento especial de los firmantes como nación favorecida respecto a terceros países. Detrás del TLCAN no existe un mecanismo de ayudas que busque la consolidación económica de las regiones y no se contempla la movilidad de mano de obra, salvo la entrada temporal de “personas de negocios”, pues sus finalidades sustanciales se proyectan en el libre comercio y en la libertad de movimientos de mercancías, servicios y capitales.

De acuerdo con el modelo diseñado, los miembros del TLCAN no transfieren competencias sustanciales a un organismo supranacional en materia económica y comercial y por eso se diferencia del seguido en su día por la CE. No existe, desde esta perspectiva, una verdadera “política comercial común”, tampoco se cuenta con una Corte de Justicia que dirima los conflictos comerciales *ad intra*, ni se vislumbra una eventual moneda única y, mucho menos, un banco central supranacional.

Desde una perspectiva institucional, se establece, una mínima administración común; para ello el TLCAN contempla una serie de grupos de trabajo, comisiones de expertos, comités conjuntos y comisiones que deberán estar atentos del desarrollo natural del comercio y, cuando las circunstancias lo requieran, intervendrán en la solución de los problemas que se susciten. Al efecto, la Comisión de Libre Comercio de América del Norte es el órgano encargado de supervisar la puesta en práctica del Tratado, vigilar su desarrollo y resolver las controversias respecto a su interpretación

o aplicación. La Comisión supervisa también los 24 grupos de trabajo y Comités encargados de dar seguimiento a temas específicos, y establece un Secretariado que proporciona apoyo a los paneles de solución de controversias. Los comités y grupos de trabajo se han reunido en más de un centenar de ocasiones.

También en este sector se arbitran una serie de procedimientos de arreglo de controversias; en concreto se crean tres mecanismos para la resolución expedita de las controversias: uno de carácter general (interpretación y funcionamiento del Tratado); otro en materia de anti-dumping y cuotas compensatorias; y un tercero para controversias entre inversionista-Estado. Concretamente, las controversias sobre derechos compensatorios y el dumping quedan sujetas a lo que dictamine un grupo de expertos (que funcionan en “paneles arbitrales”) cuyas decisiones son vinculantes para los Estados miembros. Además, se prevé la constitución de comités especiales con la función de examinar los posibles casos en que se denuncie el incumplimiento de las decisiones del grupo de expertos y autorizar al país afectado a tomar las medidas compensatorias que fueran necesarias.

Los tres mecanismos buscan solucionar las controversias mediante un proceso de consultas entre los países afectados y, como última instancia, consideran la posibilidad de establecer paneles arbitrales con procedimientos transparentes que emitan resoluciones obligatorias en plazos definidos. Por último, con un carácter eminentemente programático se alude al establecimiento de un acuerdo marco de tipo trilateral pero con vocación regional y multilateral para extender el libre comercio; recuérdese que Chile ha iniciado negociaciones para su eventual ingreso en el TLCAN.

B) Significado del TLCAN para el nuevo regionalismo

La apertura y los TLC van en la dirección de optimizar los recursos, permitiendo que la liberalización del comercio y las inversiones, y la mayor competencia internacional faciliten ese objeti-

vo. Factores que pueden minimizarlo o cancelarlo son las conductas de empresas locales amenazadas por rivales internacionales y de empresas extranjeras entrantes a mercados domésticos con agresivas estrategias que generen algún grado de monopolización y desplazamiento de firmas domésticas. Ahora bien, ni siquiera en el TLCAN se logró reemplazar el antidumping con reglas anti-trust. En el capítulo XV del acuerdo, referido a la política de competencia, se establece que todas las partes reconocen la importancia de la coordinación y cooperación entre las autoridades para llevar a cabo el *enforcement* de la legislación antidumping dentro del área de libre comercio.

El TLCAN no había tenido precedente y no hay ejemplos similares para compararlo. Es el primer acuerdo recíproco entre dos países desarrollados y uno en vías de desarrollo, creando un área de libre comercio con cerca de 400 millones de personas y un tercio del PIB mundial. Los análisis específicos sobre lo relevante de su caso para las teorías actuales de las relaciones internacionales y del nuevo regionalismo⁵¹⁵ continúan siendo limitados, lo que no ha impedido que se haya dicho que involucra los mejores y los peores aspectos de las segundas. La emergencia del proyecto regionalista en América del Norte ha sido el desarrollo individual más significativo en darle forma al debate sobre el regionalismo⁵¹⁶. El TLCAN sin duda significa un viraje con respecto a la fuerte oposición de EE UU en relación con el regionalismo económico, único país capaz de proveer el liderazgo para evitar los peligros de los acuerdos regionales cerrados. Además, se le sigue considerando como un regionalismo de ventajas económicas y políticas de largo plazo y alcance. El TLCAN se identifica como

⁵¹⁵ H.G. Preusse, *The New American Regionalism*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, 2004, p. 75.

⁵¹⁶ A. Gamble y A. Payne, "Conclusion: The New Regionalism", en A. Gamble y A. Payne (eds.), *Regionalism and World Order*, Londres, McMillan Press, 1996, p. 253.

un símbolo de la formalización de la integración de América del Norte consolidada a través de la regionalización por la vía de la liberalización comercial, aunque a la luz de los resultados de su primera década, aparece como un modelo en crisis, si bien aún se sitúa como opción para otros esquemas latinoamericanos de integración. A pesar de su carácter eminentemente político, las declaraciones gubernamentales –oficiales e incluso extraoficiales–, de los tres países al hacer apología del TLCAN cuando se trataba de convertirlo en una realidad con apoyos, sobre todo en México, se orientaron a destacar al TLCAN como un instrumento sólo económico, deslindando mayores compromisos políticos, y enfatizando que se trataba de un proyecto de integración económica cuyos beneficios en el corto y largo plazos serían para los tres países miembros. Pero incluso desde esa época no se podía descartar la eventualidad de que los gobiernos de los países miembros del TLCAN pudieran en el futuro discutir una unión monetaria o política, como ha quedado demostrado. Ello dependería del camino y la madurez que la región asumiera, lo cual involucra el factor nacionalista en los tres países.

El TLCAN continúa sirviéndole a EE UU como un mecanismo para contrapesar la expansión de la Unión Europea que enfatiza al Estado, las instituciones comunitarias y la comunidad como instrumentos de bienestar social y componentes de la economía liberal⁵¹⁷. En tanto, EE UU prefiere un Estado que interviene poco en sus vidas personales y en sus finanzas y que tiene una vigorosa creencia en la cultura del éxito y el fracaso, la recompensa o el castigo. Lo anterior no carece de importancia cuando se trata de organizar al mundo, por parte de EE UU, bajo la égida de la democracia liberal y del libre mercado y de hacer del TLCAN el punto de partida de patrones globales de gobernanza económica.

⁵¹⁷ R. Kovar, “Droit communautaire de la concurrence et droit international”, *Cahiers de droit*, 1986, n° 2. 1986, pp. 127–150.

Aunque cuando se suscribió el TLCAN no se consideraba que pudiera ir a más, hoy existen varias expectativas en torno a la integración norteamericana que prevén claramente algo más que un área de libre comercio. El aspecto del desarrollo institucional es mencionado como crítica al TLCAN, pero también puede ser la base de relaciones constructivas en América del Norte. La actual estructura institucional del TLCAN es acorde a los orígenes y objetivos planteados en su origen y primeros años de instrumentación⁵¹⁸. Si el nivel de integración ampliado extendiera sus objetivos, tendría que haber un cambio en su estructura institucional. Los Estados enfrentan problemas en su interacción cuando intentan cooperar en la persecución de objetivos mutuamente benéficos. El primer factor que suele impedir la cooperación es la incertidumbre sobre la naturaleza exacta de un problema o la factibilidad de posibles respuestas de políticas. Las organizaciones internacionales ayudan a los Estados a resolver sus dilemas de cooperación, antes que actuar como una entidad autoritaria que hace cumplir reglas y normas, al proveerlos de información sobre preferencias y comportamiento estatales, en particular sobre normas y conocimiento causal o científico. Y esta función es esencial para conseguir una cooperación internacional satisfactoria. La reciprocidad es una estrategia común para alcanzar equilibrios de cooperación que permitan lograr resultados que todos los participantes prefieran, y por ello la estrategia fundamental para mantener la cooperación en las relaciones internacionales. Los Estados dejan de superar problemas de acción colectiva debido al temor de que otros no cumplan con los tratos, porque son incapaces de supervisar adecuadamente el comportamiento de otros o conocer las preferencias de ellos, o porque actúan de una forma oportunista puesto que los mecanismos de castigo son inadecuados o no existen.

⁵¹⁸ Vid. J.A. McKinney, Created from NAFTA, *The Structure, Function, and Significance of the Treaty's Related Institutions*, Nueva York y Londres, M.E. Sharpe, 2000, 244 pp.

La estrategia de apertura de México al exterior basada en la apertura comercial y financiera y la inversión extranjera, la liberalización de los mercados internos, y una inexistente política industrial, ha dado como resultado que el desempeño exportador no haya fortalecido el aparato productivo interno que se encuentra cada vez más desarticulado; que las grandes empresas sean las que concentren dicho desempeño dirigido principalmente a EE UU; y que no se desarrollaran políticas para que la industria nacional enfrentara la apertura comercial, ni siquiera en cuanto al sistema cambiario que ocasionó un aumento desmesurado de las importaciones⁵¹⁹.

C) Inserción del Derecho de la competencia

El TLCAN es un reflejo de la inserción de México en los procesos de integración regional y una muestra del carácter externo de nuestra economía. Si bien el Derecho de competencia era relativamente incipiente, las disciplinas que México asumió en este acuerdo conllevan la necesidad de actualizarlo y desarrollarlo⁵²⁰. La carencia de reglas relativamente homogéneas que protejan el proceso de competencia y libre competencia atentaría contra el proceso de libre comercio en la región. Dado lo novedoso del tema en México, resulta evidente que en proceso de configuración del nuevo derecho de la competencia se tomará en cuenta la historia y la experiencia acumulada de nuestros socios en la materia, sin olvidar el desarrollo económico relativo de nuestro país y las asimetrías siempre en los procesos de integración regional. El TLCAN incorporó un capítulo sobre temas de competencia en el

⁵¹⁹ R. Villarreal y R. Ramos de Villarreal, “La apertura de México y la paradoja de la competitividad: hacia un modelo de competitividad sistémica”, *Comercio Exterior*, vol. 51, n.º. 9, Septiembre de 2001, pp. 772–788.

⁵²⁰ J. Witker, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, México, Ed. Porrúa, 2003.

que se plantea, de manera muy general y sin insertar disciplinas específicas, la obligación de los países miembros de consultarse en materia de competencia económica, y de evitar que las prácticas anticompetitivas afecten los flujos de comercio e inversión. Los acuerdos generales han sido complementados con convenios bilaterales especializados, en los que cada par de países se compromete a informar sobre temas de competencia de interés común y a cooperar en el combate a las prácticas anticompetitivas que afecten a más de una jurisdicción⁵²¹.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte suscrito en 1992 y en vigencia desde 1993, contiene un capítulo dedicado a política de competencia. El capítulo XV establece de forma muy primaria una serie de principios en tres áreas: prácticas anticompetitivas, designación de monopolios y comportamiento de las empresas del estado. Contrario al resto de los acuerdos del Hemisferio, las disposiciones del TLCAN no comportan obligaciones, ni compromisos de armonización o de aplicación de mecanismos conjuntos en ningún área de política de competencia. A partir de los principios básicos establecidos, cada país es libre de determinar el tipo de legislación, alcance, estándares y mecanismos de aplicación que considere apropiado⁵²².

⁵²¹ E.M. Graham, “Política de competencia en la zona de libre comercio de América del norte ¿un vaso medio lleno o totalmente vacío?”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 80–87.

⁵²² No puede negarse que el TLCAN está influido por la celosa línea de política de los EE UU con relación al tratamiento de casos extraterritoriales. Los EE UU tradicionalmente ha empleado la “doctrina de los efectos” habiendo recurrido en contadas ocasiones a la cooperación bilateral internacional. Este ha sido el caso del Tratado de Asistencia Legal Mutua y del Memorándum de Entendimiento para la Cooperación en Investigaciones en Materia de Antitrust suscritos con Canadá. Ni en las discusiones del TLCAN, ni en ningún otro foro posterior, los EE UU ha planteado o apoyado la iniciativa de contar con acuerdos que impliquen obligaciones nacionales en materia de

Con relación a la designación de monopolios, el TLCAN establece la posibilidad para cada país de reservar actividades para ser realizadas en forma monopólica. Con esta disposición se busca aclarar que el ejercicio monopólico de determinadas actividades no significa una contravención a las normas sobre libre competencia y en consecuencia una infracción al tratado. En este contexto, el tratado da reconocimiento al carácter natural de los monopolios para la prestación de servicios de utilidad pública, como es el caso de la electricidad, agua y telecomunicaciones, los cuales son normalmente proveídos por una sola empresa. El TLCAN, no obstante, condiciona su existencia a la notificación a los demás países miembros y a que su comportamiento sea realizado conforme a principios de comercio, que sus marcos regulatorios garanticen la no discriminación y que las empresas no utilicen el poder monopólico para la comisión de prácticas anticompetitivas. Esta consideración guarda relación con el reconocimiento que el tratado le da a la creación o mantenimiento de empresas públicas. Al igual que en materia de monopolios, y en línea con el artículo XVII del GATT 1994 y su Entendimiento, el TLCAN llama a que las empresas del estado sean sujetas a los principios sobre libre competencia aplicables a las empresas privadas.

El último aspecto de interés en el TLCAN es el establecimiento de un Grupo de Trabajo para examinar las relaciones entre política de competencia y comercio y proveer a la Comisión del TLCAN de recomendaciones. El grupo de trabajo fue establecido inmediatamente en 1994 y desde entonces, se ha reunido en siete ocasiones, habiendo producido un informe interino de actividades en marzo de este año. Las discusiones de este grupo han girado en torno a la identificación contextual del tema, comparaciones entre las legislaciones de los países, incluyendo los potenciales focos de

competencia. Como consecuencia, la política de competencia está excluida de los mecanismos de seguimiento y de solución de controversias del tratado.

distorsiones al comercio y el tratamiento de aspectos específicos relacionados con el trato nacional bajo las leyes nacionales. Se espera que estos trabajos continúen durante los próximos dos años y se produzca un informe final de recomendaciones.

Como hemos indicado, el capítulo XV del TLCAN impone directrices a las partes en lo relativo a la política de competencia, monopolios y empresas del Estado. Su objetivo es propiciar un marco regulatorio efectivo que promueva la libre competencia en la región. Si bien sólo contiene cinco artículos, su trascendencia es crucial. Sin entrar en detalle, las partes firmantes se comprometen a adoptar o mantener medidas que prohíban las prácticas anticompetitivas.

Reconocen, además, la necesidad de establecer mecanismos de cooperación y coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de esta regulación (art. 1501 TLCAN). Impone también directrices para los monopolios y empresas del Estado, éstas se aplican a los monopolios federales propiedad de gobierno, tanto actuales como futuros, así como a cualquier monopolio privado que un país del TLCAN pueda crear el futuro. Se traducen en principios como la no discriminación y el impedimento de abusar de la posición monopólica e incurrir en prácticas anticompetitivas (arts. 1502 y 1503 del TLCAN).

Finalmente, se legisló que a más tardar en un plazo de 5 años a partir de la fecha de entrada en vigor del TLCAN, es decir, a más tardar el 1 de enero de 1999, se establecería un Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia, con el fin de que presente recomendaciones a las partes firmantes respecto de las políticas de competencia en la región (art. 1504).

Ante la posibilidad de suscribir en el futuro acuerdos de libre comercio con otras naciones, la LFCE contempla la participación de la CFC con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regu-

lación o políticas de competencia y libre competencia, de los que México sea o pretenda ser parte (art. 24, fracción VIII, CFC).

Se pretende asegurar que las obligaciones internacionales de nuestro país en materia de comercio y competencia sean consistentes entre sí y compatibles con nuestro marco jurídico interno.

D) Ejemplo de la industria automotriz

Veamos un ejemplo con la industria automotriz. Cambios experimentados por el sector automotriz mexicano desde la mitad de los años ochenta hasta el final de la década de los noventa. Tales cambios están determinados por una redefinición de las reglas de funcionamiento de la economía mundial tras la crisis de los años setenta (los avances tecnológicos comunican en tiempo real zonas distantes del planeta, el estatus hegemónico de EE UU se ve amenazado por el desarrollo de otras economías que utilizan un nuevo paradigma productivo, la globalización se expande, las empresas transnacionales redefinen el espacio de actividad integral en el que operan ...) y por la modificación de los modelos de desarrollo de los países latinoamericanos tras la crisis de la deuda en los años ochenta.

El sector automotriz presenta una elevada y creciente oligopolización, sufre un grave problema de saturación de la demanda, de sobrecapacidad y de estancamiento de los beneficios empresariales, aspecto constatado en el estudio a través del análisis de las cuentas financieras de Ford, General Motor y DaimlerChrysler. Ante este escenario, las empresas modifican su sistema productivo para la producción adelgazada, que modifica las relaciones industriales en el sector y las relaciones con los otros eslabones de la cadena productiva. Asimismo, se producen importantes fusiones y adquisiciones de empresas y la producción se regionaliza, creando redes internacionales de producción integrada que incluyen a ciertos países en desarrollo en el núcleo central de productores de vehículos y de componentes. El TLCAN ha servido y sirve de meca-

nismo para facilitar las estrategias de deslocalización de las Tres Grandes productoras automovilísticas instaladas en México, gracias a unas reglas de origen muy estrictas y a una amplia liberalización de las inversiones, que penalizan la actividad de las empresas no regionales y de nuevos entrantes en el mercado. El actual sector automovilístico de México es producto de la conjunción de las estrategias empresariales de las transnacionales instaladas en el país y de las políticas gubernamentales. Se especializa en el ensamblado de vehículos para exportación, específicamente destinados al mercado estadounidense y la dependencia de este mercado evidencia del tipo de integración en eje y radios y define la más reciente especialización en la producción de camiones ligeros, segmento del mercado que más crece en EE UU. La industria nacional de componentes pierde peso en todas las magnitudes cruciales del sector y las pequeñas y medianas empresas enfrentan serias dificultades. Las condiciones de los trabajadores han empeorado. La integración del sector automotriz mexicano en el más amplio y desarrollado sector automotriz de América del Norte supuso un aumento de la productividad, de la calidad de la producción, del aumento de las inversiones y de la mejora tecnológica, pero la escasez de encadenamientos productivos con la manufactura nacional, ha arrojado muy limitados efectos a nivel local, regional y nacional, ha generado polarización y ha supuesto un aislamiento del sector con respecto al conjunto de la sociedad. Existe, en efecto, una correlación entre la intensidad de la competencia en los mercados domésticos, los aumentos de la productividad, el desarrollo de aptitudes empresariales y, finalmente, el éxito exportador. Desde esta perspectiva, la ganancia de competitividad y la entrada en mercados muy disputados, no resulta del fomento dirigido a crear empresas exportadoras fuertemente protegidas de la competencia, sino por el contrario, del fomento a la competencia en el mercado doméstico como estrategia para el fortalecimiento de las capacidades empresariales necesarias para entrar a los muy disputados mercados internacionales. La falta de competencia afecta la competitividad de un país en transición hacia el mercado

y la liberalización pues inhibe su capacidad de innovación y descubrimiento de oportunidades en el entorno.

2. Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE UU

El Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Chile y Estados Unidos (EEUU) el día 6 de Junio de 2003 contiene una serie de capítulos, entre los cuales destaca su capítulo 16 relativo a la “Política de Competencia, monopolios designados y empresas del Estado”. Este capítulo se caracteriza por ser de un marcado carácter declarativo, es decir, las obligaciones que contraen las partes distan de significar un gran sacrificio para ambas, centrándose más bien en la cooperación entre los contratantes y en el reconocimiento de ciertos mínimos exigibles a cada ordenamiento jurídico en materia de competencia.

De esta forma, en el capítulo 16, las partes coinciden en señalar normas relacionadas con las prácticas de negocios anticompetitivos y la cooperación en materia de competencia. Apartado especial merecen además los temas relativos a los Monopolios Designados y las Empresas del Estado, así como también las diferencias de precios que pudiesen establecerse y la transparencia que debe existir en las políticas de competencia de cada uno de los Estados contratantes. El artículo 16.1 del TLC se refiere a las prácticas de negocios anticompetitivas. En el apartado anterior señalamos que las prácticas anticompetitivas consistían fundamentalmente en hechos de tipo ilícito que realizan las empresas, de forma tal que generan una distorsión en los precios que daña los intereses protegidos por el derecho de la competencia. Cabe preguntarse entonces de que forma se expresan estos hechos ilícitos: “Las conductas anticompetitivas pueden manifestarse de varias maneras, siendo las más significativas para la economía actual las llamadas prácticas restrictivas y las prácticas desleales de comercio internacional” que se concretan en actos anticompetitivos que restringen la competencia y actos anticompetitivos que eliminan la competen-

cia. En cuanto a las prácticas anticompetitivas que restringen la competencia, estas tienen por finalidad directa restringir o eliminar la competencia mediante la manipulación en el mercado de un producto o servicio, las líneas de productos o servicios, o una cadena productiva o incluso una rama industrial.

Al analizar en el Tratado de Libre Comercio el apartado correspondiente a las prácticas anticompetitivas, pudimos dar un vistazo general a las principales diferencias y similitudes que existen entre la legislación estadounidense y la chilena en materia de competencia. Es así como observamos que las mayores diferencias se presentan en el desarrollo y la extensión de las normativas, así como también en los tipos de órganos encargados de velar por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. En esta materia el TLC sólo se preocupa de fijar los lineamientos básicos que deben existir para el desarrollo de una política de competencia que pueda insertarse en los procesos de liberalización del comercio internacional (existencia de un estatuto jurídico que regule la materia, autoridades encargadas de aplicarlas, y garantías mínimas de los procedimientos de aplicación de dicha normativa).

En lo que respecta a la Cooperación, Transparencia y solicitudes de información cobran importancia los acuerdos que en esta materia puedan celebrar las autoridades que velan por el cumplimiento de la legislación de defensa a la libre competencia. La cooperación entre las autoridades de ambas partes permitirá un mejor cumplimiento y ejecución de una política de competencia común que pueda desarrollarse en un futuro cercano.

En cuanto a los Monopolios Designados al igual que en el caso de la Empresas del Estado, se reconoce el derecho de cada Estado para designar monopolios o crear o mantener empresas estatales, de forma tal que las disposiciones contenidas en el TLC sólo tienen por objeto garantizar la existencia de ciertas reglas mínimas

que permitan a las personas de cada parte seguir gozando de los beneficios que se les otorgue por este tratado.

3. Tratado de Libre Comercio entre EE UU, Centroamérica y la República Dominicana (DR-CAFTA)

Como antecedentes resulta obligado referirse a la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) que se estableció en 1984. Se trataba de una concesión unilateral de EE UU que otorgaba acceso preferencial a las exportaciones de los países de Centroamérica y el Caribe a EE UU libre de aranceles o pagando aranceles más bajos que los aplicables a las exportaciones de otros países. Originalmente, los textiles estaban excluidos de las preferencias de la ICC. Por eso, cuando entró en vigencia el TLCAN las exportaciones de textiles de toda Centroamérica quedaron en desventaja en relación con las exportaciones mexicanas. En el año 2000 los países centroamericanos y del Caribe consiguieron que EE UU incluyera las exportaciones de textiles y atún en las preferencias de la ICC, a través de la Ley de Asociación Comercial para la Cuenca del Caribe (CBTPA). La aspiración de Centroamérica era llegar a firmar un TLC con EE UU, en vista de la precariedad de la ICC y de la desventaja en que estaba frente a otros países –como México y Canadá–.

En setiembre de 2001 los gobiernos de los países centroamericanos y de EE UU acordaron iniciar una fase exploratoria tendiente al lanzamiento oficial de las negociaciones, con el propósito de llegar a un acuerdo de libre comercio. embargo para lo cual a partir de 2002 se realizaron una serie de talleres técnicos en diferentes ciudades de Centroamérica y de EE UU que dieron lugar a un intercambio de información sobre diversos temas comerciales, facilitando la posterior definición del marco que delimitaría el alcance de la negociación. Con base en ese proceso, los países acordaron dar inicio a la negociación de un tratado de libre comercio, lanzando oficialmente el mismo el 8 de enero del 2003. Fue una

negociación compleja que se desarrolló en sucesivas rondas y, por parte de los Estados centroamericanos una serie de reuniones de coordinación de la posición conjunta a plantear en la mesa de negociación. Los otros países centroamericanos concluyeron la negociación en diciembre del 2003. Durante el transcurso del proceso de negociación, República Dominicana planteó su interés en sumarse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y EE UU, lo cual fue recibido positivamente por los seis países. Así, una vez concluida la negociación, entre los países centroamericanos y EE UU, República Dominicana acordó aceptar las disciplinas negociadas por estos seis países y celebrar negociaciones con EE UU y Centroamérica para acordar las condiciones de acceso de sus productos a esos mercados y viceversa.

El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – EE UU que se suscribió por los siete países Parte el 5 de agosto del 2004 tiene en común con otros acuerdos muchas normas que reafirman las disposiciones de la OMC, e incorpora disposiciones previstas en la integración centroamericana, la mayoría de las cuales se aplican de manera multilateral. Por lo tanto, el DR–CAFTA mejora la normativa centroamericana, lo que es benéfico para las relaciones comerciales de la región. En este documento se identifican los cambios legislativos que los países centroamericanos deben realizar para la entrada en vigor del tratado, los cuales se concentran en las áreas de servicios, telecomunicaciones y propiedad intelectual. Se espera que la mayor apertura de la región y la mejora normativa inducida por la suscripción del DR–CAFTA generen mayores oportunidades de inversión, comercio y empleo en los países signatarios.

La República Dominicana vinculó al proceso de negociaciones del acuerdo RD–CAFTA en 2003, cuando las negociaciones entre Estados Unidos y los cinco países de Centroamérica ya estaban en curso. Con menos tiempo a disposición para completar el proceso, el acuerdo fue firmado por los siete países en mayo de 2004, y entró en vigencia en la República Dominicana el 1 de marzo de

2007. Salvo Costa Rica, dominicana fue el último país a acceder al acuerdo, debido a un proceso de ajuste de su legislación a los requerimientos del acuerdo, en primer lugar en las áreas de propiedad intelectual y compras públicas. RD-CAFTA establece una zona de libre comercio entre los países signatarios y abarcará, a finales de los períodos de transición, prácticamente la totalidad de bienes comercializados. La República Dominicana –a diferencia de los países centroamericanos no tiene productos excluidos del proceso de reducción y eliminación arancelaria. Los sectores integrados en el acuerdo son el agrícola, industrial y de servicios, y las disciplinas incorporadas incluyen propiedad intelectual, compras del sector público e inversiones. Además del área de acceso a mercados, RD-CAFTA establece regulaciones sobre el régimen de origen, medidas de salvaguardia, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, transparencia y facilitación del comercio, protección laboral y ambiental y solución de controversias. El acuerdo se implementa de manera multilateral, lo que significa que su contenido es obligatorio en todas las áreas y entre todos los países signatarios, incluso entre la República Dominicana y los cinco países de Centroamérica.

Es esencial mencionar que el RD-CAFTA consolida el acceso preferencial al mercado de los Estados Unidos en un acuerdo legal y no depende de concesiones unilaterales como era el caso con la ICC.

Las Partes establecen una zona de libre comercio de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y el Artículo V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS). De conformidad con esta disposición, la aplicación del tratado será multilateral. Ello implica que las obligaciones del tratado aplicarán no sólo entre EE UU y cada país centroamericano, sino que también aplicarán a los países centroamericanos entre sí. De igual manera, el tratado aplicará multilateralmente en relación con República Dominicana. No obstante ello, nada impide a los países centroamericanos mantener sus

instrumentos jurídicos de la integración centroamericana o adoptar nuevos instrumentos de integración o medidas tendientes a fortalecer y profundizar los instrumentos de la integración centroamericana.

El DR-CAFTA se compone de veintidós capítulos y sus respectivos anexos. Dichos capítulos tratan los temas de: disposiciones iniciales; definiciones generales; trato nacional y acceso de mercancías al mercado; reglas de origen y procedimientos de origen; administración aduanera; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al comercio; defensa comercial; contratación pública; inversión; comercio transfronterizo de servicios; servicios financieros; telecomunicaciones; comercio electrónico; derechos de propiedad intelectual; laboral; ambiente; transparencia; administración el tratado; solución de controversias; excepciones disposiciones finales.

El estudio de los referidos capítulos se realizará en las páginas siguientes dedicadas al comercio internacional de mercancías, servicios y bienes inmateriales. No obstante, conviene insistir ahora en el contenido del Capítulo 9 (“Contratación Pública”) por determinar las reglas y garantías mínimas que las Partes deberán asegurar al efectuar las contrataciones públicas, basado en los principios fundamentales de no discriminación, apertura, transparencia y debido proceso, otorgando tratamiento nacional a los proveedores, bienes y servicios de las otras Partes en las contrataciones públicas de cada Parte. En cuanto a los procedimientos de contratación pública, en el capítulo se garantizan los principios de transparencia y publicidad en las contrataciones públicas de las Partes, estableciendo la obligación de publicar oportunamente todas las medidas que rigen las contrataciones y avisos invitando a contratar, con información suficiente para el oferente, asegurando tiempo suficiente para que los proveedores puedan preparar y presentar ofertas para participar en las contrataciones públicas de las Partes y tiempo suficiente para que puedan presentar impugnaciones ante autoridades administrativas o judiciales imparciales e in-

dependientes. Asimismo, el referido Capítulo establece el compromiso de las Partes de aplicar procedimientos de licitación abiertos al realizar sus contrataciones; se establecen disposiciones para garantizar la integridad de los funcionarios públicos involucrados en los procesos de contratación pública; y se garantiza la facultad de las Partes de adoptar o mantener medidas necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos, la salud o la vida y la propiedad intelectual, entre otros.

IV. Derecho de competencia y movimientos de integración regional

1. Necesidad de sistematización de las normas de libre competencia

A) Integración comercial e integración regulatoria

La integración económica se produce cuando las barreras comerciales y de inversiones entre las diferentes economías nacionales de los Estados protagonistas reducen o eliminan los recursos que se asignen a la actividad en la cual obtienen su valor más alto. Puede, pues, ser el resultado de las fuerzas del mercado (*v.gr.*, los servicios financieros) o la consecuencia de una opción política determinada (*v.gr.*, el transporte aéreo). Ahora bien, cuando es el resultado de una decisión política, el proceso conduce a una “liberalización regulatoria”, del comercio o de las inversiones, por lo que la “integración” es equivalente a un cierto grado de “liberalización del” mercado. No es frecuente que la referida decisión política sea la decisión unilateral de un Estado. Por lo general un Estado liberaliza su economía si otros Estados hacen lo propio a base de reciprocidad y, lo que es más frecuente se produce una tendencia hacia la liberalización preferencial dentro de los grupos regionales de países constituyendo semejante liberalización una acción discriminatoria para aquellos Estados que quedan fuera del grupo regional.

Una gran ventaja que tienen los bloques regionales sobre el sistema multilateral (OMC) es que suelen agrupar Estados con mentalidad similar, con preferencias similares y con relaciones estrechas mientras que la pertenencia a al sistema multilateral es

mucho más diversa y las relaciones más formales e impersonales⁵²³. Y a ello debe añadirse que las relaciones estrechas y los contactos personales entre los funcionarios nacionales pueden alentar al cumplimiento más estricto de los acuerdos bilaterales que los acuerdos multilaterales. Ahora bien, debe distinguirse entre la mera “integración comercial”, cuyo objetivo es la eliminación de ciertas medidas de políticas es cualitativamente, de la “integración regulatoria”, cuyo objetivo es definir normas comunes a través de sucesivas etapas de de cooperación entre los socios con diversos grados de intensidad; y, en este caso algunas manifestaciones de la integración regulatoria pueden estar muy cerca del objetivo de levantar las barreras para la integración comercial y, en este sentido, no se puede decir que la integración regulatoria es necesariamente una integración de mayor calado. Y es precisamente aquí donde el objetivo descrito entronca con el fenómeno de la “Organización internacional”. Las Organizaciones internacionales, en efecto, con sus sistemas institucionales de administración ofrecen una solución al problema de la falta de mercados, de ahí que la aparición de la cooperación bajo la forma de organizaciones y empresas es una respuesta al fracaso o incapacidad del mercado de definir los productos/servicios adecuadamente. Por esta razón el establecimiento de instituciones comunes dentro de los procesos de integración económica es un fenómeno equivalente al surgimiento de organizaciones dentro de los mercados.

El interrogante que surge entonces es el de si la cooperación regulatoria es más factible o más efectiva dentro de los contextos bilaterales o regionales o en el sistema multilateral de comercio que ha sido estudiado en el Capítulo anterior. Es cierto que un bloque regional puede tener normas de competencia comunes (v.gr., sobre la prohibición de los carteles horizontales relaciona-

⁵²³ R. Lawrence, *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1996.

dos con la fijación de precios, la repartición del mercado o las restricciones del suministro) sin una autoridad común pero no puede tener una autoridad común sin normas comunes. En este punto la existencia de una autoridad de competencia común ofrece un punto de referencia para las empresas que desean ya sea obtener exoneraciones para las actividades transfronterizas de las empresas o para entablar demandas contra los carteles, por ejemplo, que incorporan a más de un Estado miembro. En este caso las empresas han de responder únicamente ante una autoridad y no tienen que procurar múltiples autorizaciones y dicha autoridad dispondrá de una información mucho mayor y de una mejor disposición para atender a las peculiaridades nacionales y sectoriales de la política de competencia⁵²⁴. Por último, la presencia de una autoridad supranacional haría innecesario que cada país individualmente tratara sus problemas con los otros países como sucede ahora en la OMC⁵²⁵.

B) Objetivos

Todo proceso de integración económica comporta un objetivo de construcción de un futuro común. Consiguientemente se ansía conseguir una unión que venga a permitir la adopción de soluciones creativas, especialmente en el campo económico, pero con reflejos en lo social y en lo político. La integración debe ser entendida como la forma de reducir las distancias entre los pueblos y los Estados miembros, a través de la consolidación de un esfuerzo cooperativo que resulta en ventajas efectivas para las economías de los países participantes en esa integración. El proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha

⁵²⁴ E.U. Petersmann, “International Competition Rules for Governments and Private Business”, *JWT*, vol. 30, n° 3, 1996, pp. 5–35.

⁵²⁵ P. Nicolaidis, “For a World Competition Authority”, *JWT*, vol. 30, n° 4, 1996, pp. 131–145.

por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Ahora bien, para los países con estructuras de mercado que se apartan desde el comienzo del ideal competitivo, existe por cierto la necesidad de normas de competencia y esa necesidad puede ser más fuerte a medida que se levantan las barreras comerciales y de inversiones⁵²⁶. Por esta razón, en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guión en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos.

Mas la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además se requiere de una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países. El avance de la globalización de los mercados hace necesario que en América Latina se pacten reglas multilaterales equitativas, lo suficientemente flexibles para que cada país pueda tener sus propias normas, que respondan a sus propias realidades económicas, políticas y sociales. No en todas las realidades se requiere las mismas reglas o el mismo sistema de organización. Su definición dependerá mucho de los problemas económicos que enfrentan un país o región. Sin duda alguna, las políticas de competencia cumplen un papel importante en la inte-

⁵²⁶ “La integración de la política de competencia puede tener por lo menos siete significados, formas o etapas diferentes: (a) el acuerdo para hacer cumplir las normas de forma estricta; (b) el acuerdo sobre la aplicación jurisdiccional de las normas de competencia; (c) el acuerdo para hacer las normas compatibles (es decir, las normas nacionales no exoneran la acción anticompetitiva que perjudica a otros mercados); (d) la adopción de normas comunes; (e) el acuerdo sobre la interpretación de normas comunes; (f) la ampliación acordada del alcance de la aplicación de las normas y (g) el establecimiento de los procedimientos o de la autoridad de competencia comunes (Ph. Nocolaides, “Política de competencia en el proceso de integración económica: análisis de los límites y de las formas de cooperación”, *Políticas de competencia e Integración. Opciones y Necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 3–18., esp. p. 12).

gración de las economías de los países Latinoamericanos y ayudan a insertar a nuestros países al mercado mundial⁵²⁷.

La contribución de las políticas de integración, se basa fundamentalmente en la mayor escala de los mercados integrados, en el consiguiente aumento del poder negociador conjunto del área integrada, en el impacto positivo de estos mercados sobre el uso de economías de escala, en la reducción de poderes monopólicos pre-existentes en los mercados nacionales de los países que se integran, en la potenciación de varios tipos de externalidades y sinergías que sustentan la búsqueda de una mayor competitividad, y en la facilitación de la acción de los gobiernos de los países miembros para concertar sus acciones en la defensa de comunes intereses.

La práctica muestra que a medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia. Consecuentemente, para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.

Como regla general, la defensa de la competencia posee características distintivas en cada Estado con lo cual es muy difícil poder contar con la ayuda de un país para restringir las prácticas perjudiciales de otro país. El establecimiento de políticas de competencia compatibilizadas aparece, en lo que concierne a países en procesos de integración económica como una condición indefecti-

⁵²⁷ G. Ibarra Pardo, Ibarra Pardo, G.: *Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina*, Bogotá, CEDEC, ed. Javiegraf, 2004.

ble pare el éxito de la propia integración. Consecuentemente, es menester contar con instrumentos de defensa de la competencia a partir de los estudios iniciales de integración económica regional.

Un problema que es frecuente en los ordenamientos jurídicos de los países que han adoptado el sistema continental o romano germánico es la proliferación de normas sobre una materia de manera dispersa. Esta dispersión normativa dificulta su aplicación a las autoridades y su cumplimiento por parte de los sujetos a quienes se les aplica. Además, en muchas ocasiones esta dispersión genera debates jurídicos sobre la vigencia de las normas y sobre las contradicciones que se pueden presentar por la forma desordenada en que han sido expedidas. Esta falta de sistematización de las normas de libre competencia se ha presentado en los países en vías de desarrollo. La producción normativa de sistemas integrados de competencia ha sido más bien errático y disperso, y el desarrollo legislativo de normas sobre competencia ha tenido un carácter más bien “aluvional”, que ha ido acumulando normas jurídicas sin que exista un tratamiento sistemático de la materia”. Es importante que los países que ya cuentan con una normativa de libre competencia sistematicen su normativa y que los países que han expedido una legislación integral de libre competencia conserven la coherencia de su régimen. Finalmente, un importante reto para los Estados de Latinoamérica y el Caribe es la consolidación de regímenes de libre competencia adecuados para las estructuras de mercado existentes en sus respectivos países. La dependencia de la larga tradición en la ejecución de normas antimonopolio en EE UU y la novedosa aplicación de las mismas en la U.E. a mediados del siglo XX por parte de las autoridades latinoamericanas era entendible en una primera etapa por la inexperiencia en este campo. Sin embargo, la experiencia de la aplicación de las normas que promueven la libre competencia en Latinoamérica y el Caribe desde comienzos de la década de los noventa debe producir análisis de las autoridades de la competencia que sean coherentes con

las particulares condiciones económicas que se presentan en los mercados.

2. *Mercado Común del Sur (Mercosur)*

A) Antecedentes

Teniendo como ejemplo a la Comunidad Económica Europea, ha sido creado entre los países de América de Sur, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, un mercado común que tiene por objeto facilitar el comercio entre los Países–Miembros. El 6 de julio de 1990, con las transformaciones introducidas en los programas económicos de los gobiernos brasileños y argentino y con la adopción de nuevos criterios de modernización y competitividad se firmó el acta de Buenos Aires. Así también en agosto del mismo año, Paraguay y Uruguay también hicieron el mismo proceso, lo cual resultó en la firma, en la fecha de 26 de marzo de 1991, del Tratado de Asunción para la Constitución del Mercado Común del Sur – Mercosur.

Mediante la apertura de mercados y el estímulo de la complementación entre las economías nacionales los cuatro países tienen por objeto una competencia mayor en la economía internacional.

La finalidad del Mercosur es desarrollar medios para la ampliación del mercado interno teniendo por objeto el acelerar el proceso de desarrollo económico. Las principales características de Mercosur son constituidas de las siguientes libertades: Zona de libre comercio, libre circulación de trabajadores, unión monetaria, Mercado Común, entre los países participantes, sin embargo, tal meta depende de reformas legislativas de cada Estado–Participante.

El Tratado de Asunción no incluyó en su texto, como es el caso europeo (antiguos arts. 85 a 90 del Tratado de Roma) la cuestión de la defensa de la competencia, razón por la cual se creó la

necesidad de ratificar una herramienta legal que garantizase la defensa de la competencia y el libre acceso al mercado en el ámbito del Mercosur. Este vacío comenzó a ser cubierto con la aprobación de parámetros comunes para la defensa de la competencia en el Mercosur, hechos en Ouro Preto, Brasil, a finales de 1994, con lo cual se posibilita la acción coordinada de los Estados Partes para reprimir las prácticas contrarias a la libre competencia en el Mercosur⁵²⁸. En la apuntada decisión (Defensa de la Competencia en el Mercosur/CMC/nº 21/94), fueron definidas reglas comunes para la defensa de la competencia en el ámbito del Mercosur. Dicha norma debería recoger la prohibición de acuerdos colusorios entre empresas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o perjudicar la competencia en todo el Mercosur o en una parte sustancial de él. Es importante también contemplar en esa disposición legal que se evite que los agentes económicos que detentan posición una posición dominante en alguno de los mercados nacionales utilicen su condición privilegiada en perjuicio de la competencia.

Como puede observarse, la cuestión de la competencia económica está colocada en el centro mismo del enfoque conceptual y estratégico del Mercosur. La idea vertebral ha sido crear gradualmente un amplio mercado para los bienes y servicios originarios de los cuatro países, eliminando restricciones y todo tipo de distorsiones artificiales a las competitividades relativas entre los socios. No se trata de una cuestión marginal o accesorio. Es de la esencia del proyecto común encarado desde 1991, por libre voluntad soberana y con legitimidad democrática de los países que lo integran. De allí que una política común y sus correspondientes instrumentos, orientada a defender la competencia económica en

⁵²⁸ J.B.N, Machado y C.M. Salazar Pessoa: “Política de competencia. Marcos teóricos, gestión en espacios económicos integrados y desafíos para el Mercosur”, *Integración & Comercio*, nº 10, 2000, pp. 91–112.

el espacio económico ampliado, ocupa un lugar relevante en la agenda futura del Mercosur. Un enfoque amplio de la política común de competencia económica, permite establecer una relación estrecha entre el instrumento específico que la protege, y las otras políticas públicas e instrumentos que concretan los objetivos originales del libre comercio.

Los países del Mercosur se encuentran hoy en plena transición de un modelo económico de protección a los competidores —con efectos negativos sobre la eficiencia, la incorporación del progreso técnico y el funcionamiento de los mercados—, a uno de protección de la competencia, de los mercados y, en última instancia, de los consumidores.

Las políticas de defensa de la competencia ocupan un lugar importante en la transformación económica y social de los países del Mercosur. Es un fenómeno reciente, que también se observa en otros países latinoamericanos. En todos estos casos se han dictado en los últimos años leyes de competencia económica, vinculadas con los procesos de apertura y transformación productiva, privatización y de desregulación económica. Implican pasos en la dirección del desarrollo de una verdadera “cultura de la competencia”, como bien público a preservar, en particular en la perspectiva de la consolidación de sistemas democráticos con una mayor equidad social, y de la inserción competitiva en los mercados globales y regionales.

En este enfoque a la política de competencia económica no se la concibe como un instrumento aislado de protección del mercado, ni menos aún de los competidores, sino como parte de un complejo de políticas e instituciones, que sólo en su conjunto adquieren su plena eficacia y su legitimidad social. Potencian y se potencian en un marco de calidad en las políticas macroeconómicas y sectoriales, y de negociaciones comerciales internacionales, orientadas no sólo a ampliar los mercados internos, sino también a lograr igualdad en las condiciones de competencia económica, en

la región en su sentido más amplio (Sudamérica y las Américas), a nivel interregional, por ej. con la Unión Europea, y a nivel global, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

B) Protocolo de Defensa de la Competencia de 1996

En el Mercosur, el punto de partida es el Protocolo de Defensa de la Competencia aprobado en Fortaleza en 1996 que no ha entrado aún en vigor⁵²⁹. Tanto en su negociación como en su texto, se observa una estrecha vinculación entre política de defensa de la

⁵²⁹ Desde que se firmó el Tratado de Asunción en marzo de 1991, la armonización de las políticas de competencia ha figurado en la agenda del Mercosur. Dentro de este ambicioso marco, en diciembre de 1996 los países del Mercosur suscribieron un protocolo que contiene las pautas para la definición comprensiva de una política de defensa de la competencia en la subregión. En materia de prácticas restrictivas de la competencia, el Protocolo procura evitar acuerdos conclusivos y abusos de posición dominante que limiten la competencia en Mercosur. Similar a la normativa andina, la lista de prohibiciones del Protocolo incluye la fijación de precios, restricciones, la reducción o destrucción de insumos y productos, la división del mercado, la restricción del acceso al mercado, la manipulación de ofertas, prácticas excluyentes, acuerdos subordinantes, denegación de trato, el mantenimiento del precio de reventa, prácticas abusivas, la discriminación de precios y transacciones exclusivas. Con relación al proceso de armonización de la política de competencia entre los países miembros, el Protocolo establece un programa a desarrollarse en el curso de dos años. Este programa permitirá a los países identificar puntos comunes y de divergencia en lo relativo a los objetivos y al alcance de la competencia, así como a sus implicaciones para la integración del Mercosur. De igual forma, conducirá a la identificación de excepciones que pudiesen dar lugar a prácticas anticompetitivas que afectan el mercado de otro país, tales como monopolios estatales y carteles importadores y exportadores. Estos esfuerzos pueden conducir a la creación de un conjunto coherente de normas relativas a conducta y estructura, así como de normas comunes de procedimiento y de estándares de aplicación por agencias independientes. El resultado final será un enfoque común al tratamiento de prácticas anticompetitivas (por ejemplo, prácticas tanto horizontales como verticales y abuso de posición dominante) en particular aquellas de naturaleza discriminatoria, así como en la metodología a utilizar en la evaluación de fusiones.

competencia, tratamiento antidumping intra-Mercosur y políticas públicas que distorsionen la competitividad. Es este triángulo de instrumentos, concebido como parte de una misma estrategia de perfeccionamiento de la unión aduanera, el que refleja el balance de intereses nacionales sobre los que se construyen los acuerdos logrados en estas cuestiones en la Cumbre de Ouro Preto en 1994.

El Protocolo tiene tres objetivos. En primer lugar, ofrece mecanismos para controlar las prácticas anticompetitivas en el marco del Mercosur. Segundo, llama a la convergencia de las leyes nacionales con el fin de asegurar condiciones similares de competencia e independencia entre las firmas en lo que se refiere a la formación de precios y otras variables del mercado. Tercero, incluye un programa de vigilancia de las políticas públicas que distorsionan las condiciones de competencia y afectan el comercio entre los países miembros. Consistente con el esquema institucional del Mercosur, y en contraste con la Comunidad Andina, el Protocolo no opera bajo mecanismos supranacionales. Se basa en la cooperación dentro de la región y la aplicación de sus normas a nivel nacional. No obstante, se prevé que las instituciones del Mercosur elaboren y apliquen normas sobre competencia en casos de efectos extraterritoriales.

La aplicación del Protocolo es competencia de la Comisión de Comercio del Mercosur (CC) y del Comité de Defensa de la Competencia (CDC). La CC tiene funciones adjudicativas mientras que el CDC es responsable de la investigación y la evaluación de casos. El Protocolo incluye disposiciones, como parte de estos procedimientos, para la aplicación de medidas preventivas y el cese de la práctica en investigación. Este mecanismo permite que el requerido proceda al cese de la práctica sometida a investigación cumpliendo ciertas obligaciones convenidas con el CDC. Las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la responsabilidad de hacer el seguimiento de las medidas y de aplicar las sanciones.

Se observan fuertes similitudes en los aspectos sustantivos de las legislaciones de las dos principales economías del área, las de la Argentina y del Brasil, así como con los incluidos en el Protocolo de Fortaleza. Ellas se generan a partir de la nueva legislación argentina. A pesar de diferencias existentes, están creadas condiciones objetivas que faciliten tanto una política común de defensa de la competencia, como la armonización de legislaciones y la cooperación entre los órganos nacionales de aplicación.

El art. 4º del Protocolo define como infracción a las normas de este Protocolo “... independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes”.

De ello se sigue que se aplicará tanto a personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes (art.2º).

El Protocolo encierra una formulación de carácter comunitario cuando prevé la creación del Comité de Defensa de la Competencia (art. 8º) y especifica que cada sección nacional de competencia es el encargado de conducir las investigaciones del caso, en Brasil sería el C.A.D.E. y en Argentina la C.N.D.C.

Sin embargo su art. 30, no excluye un sistema de cooperación entre los órganos y las autoridades nacionales y los estados se comprometen a elaborar “normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes (art. 32).

En forma paralela a las prohibiciones de su art. 4º, el art. 7º prevé que los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del Mercosur y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquéllos que resulten en concentración económica, con vistas a prevenir sus posibles efectos anticompetitivos en el ámbito del Mercosur.

El ámbito espacial es el Mercado del Mercosur, preservando la legislación nacional para los conflictos domésticos (art. 3º). Se establece en su Cap. VII un sistema de sanciones consistente en:

Multas; para las cuales debió dictarse la decisión CMC 18–6–97 referida a su cuantificación, porque se había omitido en el Protocolo.

No participación en compras públicas entre los Estados Partes por un plazo.

No podrá la persona física o jurídica condenada contratar en entidades financieras por un plazo a determinar.

Quedan pendientes de aplicación estos dos últimos aspectos, por ausencia de una limitación a tales penas.

El art. 13º incorpora algo así como una medida cautelar, por cuanto podrán aplicarse medidas preventivas incluso “la inmediata cesación de la práctica investigada...” en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable. Similar medida incorpora el art. 22º que determina el “compromiso de cesación de la práctica investigada...” que podrá ser homologado por el Comité de Defensa de la Competencia ad referendum de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Las pautas de la investigación las establece el Comité de Defensa de la Competencia. Si no se alcanza el consenso se recurre a

la Comisión de Comercio del Mercosur quien adoptará una “Directiva” definiendo sanciones; si no hay consenso se elevan las cuestiones al Grupo Mercado Común y si allí tampoco hubiere acuerdo se podrá recurrir al Protocolo de Brasilia sobre soluciones de controversias (art. 21°)

Es el propio Mercosur, en la medida que se concrete en los términos delineados en su pacto constitutivo —el Tratado de Asunción—, un instrumento central para el desarrollo del fundamento económico del Protocolo de Fortaleza como instrumento específico de la política de defensa de la competencia es, precisamente impedir que los beneficios del mercado común sean interferidos por comportamientos empresarios o por políticas gubernamentales (por ejemplo, las ayudas de Estado).

Como ocurre con el propio Mercosur, una cultura y una política de competencia económica en su ámbito, requiere de pasos graduales hacia una dirección estratégica de largo plazo. Estos pasos tienen que estar basados sobre realidades nacionales. La dirección estratégica sigue siendo alcanzar el objetivo de un mercado común abierto al mundo y con vocación a lograr, con el tiempo, una dimensión sudamericana.

La experiencia acumulada en el Mercosur, y el avance en la puesta en práctica de modernas legislaciones e instituciones, de defensa de la competencia en la Argentina y en el Brasil, generan entonces condiciones objetivas apropiadas para continuar desarrollando el camino abierto con la negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza.

C) Recomendaciones para una política de defensa de la competencia en el Mercosur

Algunas recomendaciones resultantes del análisis de los compromisos ya asumidos y de la experiencia recientemente acumulada en el campo de la defensa de la competencia en la Argentina y

en el Brasil, permitirían avanzar con el desarrollo de una política de competencia económica en el Mercosur, basada en los progresos que se han producido y se sigan produciendo en el ámbito nacional de los socios, y en los progresos que eventualmente se logren, con la profundización y ampliación de la integración económica. Estas son las siguientes:

Teniendo en cuenta la nueva legislación argentina en particular, la inclusión del control de concentraciones y fusiones, debería completarse el Protocolo de Fortaleza en lo previsto en su art. 7, incluso antes que sea ratificado y entre en vigencia;

Asimismo debería completarse el Protocolo de Fortaleza, según lo previsto por su art. 32, con la incorporación de normas y mecanismos comunes que disciplinen la ayuda de los Estados, que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y que sean susceptibles de afectar el comercio entre los países miembros. Ello supondría completar los trabajos encomendados por la Decisión CMC 20/94 sobre políticas públicas que distorsionen la competitividad, sea con la metodología allí prevista o con alguna diferente. Este paso debería darse incluso antes que el Protocolo sea ratificado y entre en vigencia, ya que puede suponerse que ello facilitaría su aprobación en los Parlamentos; el Comité Técnico N° 5 —órgano competente en la materia y que funciona en el ámbito de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)— debería culminar la redacción de la reglamentación del Protocolo de Fortaleza, (Año LVIII–C, 2918) tomando en cuenta los progresos que se logren en los trabajos mencionados en los numerales 1 y 2 precedentes. En la reglamentación deberían preverse mecanismos que faciliten —a través de la cooperación entre los organismos nacionales de aplicación en el Comité de Defensa de la Competencia (CDC) —, la articulación de criterios comunes en la aplicación de las respectivas legislaciones y, sobretudo, la solución de problemas que se plantearán en casos concretos, como consecuencia de la superposición de jurisdicciones legales y administrativas; a través de la reglamentación del Protocolo o si fue-

ra necesario, con una modificación de su texto, debería resolverse el peligro potencial de bloqueo de las decisiones en las distintas instancias intervinientes en su aplicación, como consecuencia de la regla del consenso. Una forma podría ser la de prever que en todos los casos en que se requiera que la CCM refrende lo aprobado por el CDC, se considere que la CCM refrenda, salvo que en un plazo corto no lo rechazará por consenso. Como mínimo ello debería ser así en el caso de medidas preventivas. Otra modalidad sería prever qué cuando no se logre el consenso en las instancias en que interviene la CCM o el Grupo Mercado Común (GMC), debiera pedirse la opinión vinculante de un panel de técnicos independientes, que se consideraría aprobada, salvo su rechazo por consenso en un plazo también corto. Finalmente podría preverse que el CDC tuviera una gerencia técnica, integrada por técnicos permanentes independientes de los gobiernos, pero por ellos designados en base a concurso o a ternas cruzadas. Tal gerencia técnica debería emitir su opinión, previo a que el CDC se pronuncie. En los casos de la adopción de medidas preventivas, su opinión debería ser vinculante, salvo que por consenso el CDC no la comparta, en el sentido de prever modificaciones al Protocolo de Brasilia (Año LIIC, 2874) (podría ser a través de la propia modificación del Protocolo de Fortaleza), a fin de permitir que en los casos de defensa de la competencia económica, el panel esté integrado por personas que ofrezcan absoluta garantía de independencia y posean competencias notorias en la materia.

Preferentemente debería estar integrado por un economista, un abogado, y un jurista con amplia experiencia judicial o arbitral, siendo este último de un tercer país, incluso no miembro del Mercosur, quien presidiría en todos los casos el tribunal arbitral. Los plazos deberían ser modificados a fin de que el pronunciamiento se logre en el menor tiempo posible. Pero asimismo, sería conveniente prever una instancia final a un órgano de apelación, integrado por cinco juristas con amplia experiencia judicial o arbitral, cuatro de los países involucrados y un tercero de un país no invo-

lucrado quien presidiría. En tal caso el laudo sería por mayoría, si en un plazo determinado no se lograra el consenso. Todos los costos del procedimiento arbitral, en sus dos fases, deberían estar a cargo de la parte perdedora;

Elaborar y poner en plena vigencia un programa de cooperación entre los órganos nacionales de aplicación, según lo previsto en el literal a. del art. 30 del Protocolo de Fortaleza. Este debería ser un objetivo de la máxima prioridad, ya que es a través de una intensa interacción entre organismos como la actual CADE en el Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Argentina—incluyendo un frecuente intercambio de técnicos de por medio de pasantías de corto plazo, como podían lograrse avances significativos en preparar las condiciones, incluso culturales, de un desarrollo efectivo de una política de competencia económica en el Mercosur;

Concretar con el apoyo de organismos internacionales, o con el de la Comisión Europea o países de la OECD, programas de cooperación técnica para el fortalecimiento institucional de los organismos nacionales de aplicación, y para el desarrollo legislativo e institucional de los países que aún no han adoptado legislación específica sobre competencia económica. Ello podría lograrse con un préstamo de cooperación técnica de un organismo como el Banco Interamericano de Desarrollo, combinado con cooperación técnica no reembolsable en los casos del Paraguay y del Uruguay. Deberían incluirse campañas educativas a desarrollarse en los cuatro países y la formación de cuadros técnicos competentes en la materia;

Comprometer, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, los recursos necesarios para lograr el máximo de transparencia en el marco normativo y en su aplicación a casos específicos, colocando toda información necesaria en Internet. Ello puede ser fundamental para facilitar su utilización por empresas pequeñas y medianas, bajando costos vinculados

con la restricción de la información y del conocimiento profesional necesario para su pleno aprovechamiento. En el mismo sentido, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, de los organismos especializados en pequeñas y medianas empresas en los respectivos países, y de las organizaciones empresarias de cúpula o sectoriales, deberían organizarse servicios de asesoramiento sobre el acceso a los regímenes de defensa de la competencia, en el Mercosur y en cada uno de los países; y vincular la política de competencia económica del Mercosur con una política conjunta de transformación productiva y de competitividad, orientada a la exportación a terceros mercados, especialmente en aquellos sectores de mayor densidad de pequeñas y medianas empresas, como pueden ser los del calzado, los muebles, los juguetes, la vestimenta, o donde hay mayor densidad de proveedores de grandes empresas industriales, como por ejemplo autopartes, o de grandes cadenas de distribución, como por ejemplo, los alimentos. Una política común de competitividad sectorial, requeriría operar con instrumentos financieros, como los que puedan resultar de una acción conjunta del BNDES del Brasil y del BICE de la Argentina; con políticas conjuntas de promoción comercial, a través de la acción conjunta de los organismos especializados, como la Agencia de Promoción de Exportaciones del Brasil, la Fundación Export-Ar de la Argentina y sus equivalentes del Paraguay y del Uruguay, y con políticas tecnológicas conjuntas entre los organismos competentes de los cuatro países.

La necesidad de promover la efectiva aplicación de la legislación nacional de competencia de los Estados Partes, por medio de la cooperación entre sus autoridades de defensa de la competencia condicionó en su día la confección de un Entendimiento sobre cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia de los estados partes del Mercosur para la aplicación de sus leyes na-

cionales de competencia⁵³⁰, estando previsto que los Estados Partes del Mercosur deberán incorporar la presente iniciativa a sus ordenamientos jurídicos nacionales antes del 1 de octubre de 2004. El objetivo de este Entendimiento es promover la cooperación, incluyendo tanto la cooperación en la aplicación de la legislación nacional de competencia como la cooperación técnica entre sus Autoridades de Competencia, y asegurar que las Partes tomen en consideración los importantes intereses recíprocos en las actividades de aplicación de la legislación nacional de competencia. Se consideraba que era de interés común cooperar para la identificación de Prácticas Anticompetitivas y para la aplicación de sus legislaciones de Competencia, compartir informaciones que faciliten la efectiva aplicación de su legislación de Competencia y promover el mejor entendimiento de las políticas y actividades de las Partes en la aplicación de la Legislación de Competencia, en la medida en que sea compatible con sus leyes y sus intereses, y dentro de los recursos razonablemente disponibles. Asimismo se consideraba que era de interés recíproco que las Autoridades de Competencia trabajasen conjuntamente en actividades de cooperación técnica relacionadas con la Aplicación de su Legislación de Competencia. Esas actividades incluirían, dentro de un esquema razonable de recursos disponibles por parte de las Autoridades de Competencia, el intercambio de informaciones, el intercambio de funcionarios de las Autoridades de Competencia a fin de su entrenamiento en la Autoridad de Competencia de otras Partes, la participación de personal de las Autoridades de Competencia como conferencistas o consultores en cursos de entrenamiento sobre legislación de competencia organizados o patrocinados por sus Au-

⁵³⁰ Mercosur: Entendimiento sobre cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia de los estados partes del Mercosur para la aplicación de sus leyes nacionales de competencia. XXVI CMC, Puerto Iguazú 7 de julio. Documento Mercosur/CMC/DEC.No. 04/04, 2004. <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/deca04.html>.

toridades de Competencia y cualquier otra forma de cooperación técnica que la Autoridad de Competencia de las Partes acuerde que sean apropiadas a los fines de este Entendimiento.

3. Comunidad Andina de Naciones (CAN)

A) Acuerdo de Cartagena

El 21 de marzo de 1991 se llevo a cabo la suscripción del Acuerdo de Cartagena, firmado en la ciudad de Lima Perú. El Capítulo VII de dicho Acuerdo, que rige hoy a la Comunidad Andina, trata sobre la competencia comercial. Concretamente su art. 75 señala que la Comisión adoptará a propuesta de la Junta, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Entre éstas se pueden mencionar el dumping, manipulaciones de precios, acciones destinadas a manipular el normal abastecimiento de materia primas. La Junta está facultada para la aplicación de estas normas, no pudiendo, los países adoptar acciones correctivas de manera unilateral sin la autorización previa de la Junta. (art. 77). El Capítulo II se refiere a la Armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo, estableciéndose en el art. 30 del mismo, que la Comisión a propuesta de la Junta podrá aprobar normas y establecer la temporalidad conveniente para la armonización de las legislaciones económicas, mecanismos e instrumentos de regulación y fomento del comercio exterior., y el cual tiene como objeto dictar normas para prevenir o corregir distorsiones en la Competencia por Prácticas Restrictivas de la Libre competencia. Las empresas de los países miembros pueden solicitar a junta autorización para la aplicación para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en

las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro⁵³¹.

Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión. Una definición interesante es la concerniente a que se entiende por amenaza de perjuicio para los efectos de la competencia económica es el retraso sensible para la creación de una producción. Para los efectos del acuerdo de Cartagena, se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los acuerdos podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas. A efectos del acuerdo se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado. Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

⁵³¹ E. Garmendia, “Las hipótesis puestas a prueba: la Comunidad Andina”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 88–99.

Es muy importante lo que define en su art. 4 el acuerdo de Cartagena, el cual transcribimos por su importancia:

Art. 4. – Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

- a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;
- d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,
- f) Otros de efectos equivalentes.

Obsérvese que el Acuerdo que se analiza toma muchos conceptos tanto de la Propia Comunidad como se podrá ver durante lo largo del presente trabajo, y aspectos de la propia ley española. La ley mexicana contiene disposiciones muy parecidas a las del acuerdo por lo que transcribiré el acuerdo solo en las partes que tengan semejanza con las leyes antes citadas.

B) Desarrollos sectoriales: la Decisión de 29 de marzo de 2004 (Decisión 608)

La Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena se erigió en el primer pronunciamiento que sobre este tema hace la Comisión del Acuerdo de Cartagena. La importancia de la Decisión 285, dictada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el día 21 de marzo de 1991, consiste en que a través de su articulado se incorporan por

primera vez normas detalladas tendientes a controlar las prácticas restrictivas de la competencia a nivel del Mercado Subregional Andino.

Los antecedentes legislativos de esta Decisión se encuentran en el art. 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual le ordena a la Comisión adoptar la propuesta de la Junta, normas que prevengan o corrijan las practicas que tiendan a distorsionar la competencia, citando dentro de dicha categoría y de manera puramente enunciativa el dumping, las manipulaciones indebidas de los precios, las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efectos equivalentes. En desarrollo del mencionado precepto la Comisión expidió en diciembre de 1971, la Decisión 45, que incluía normas y principios para controlar las prácticas tendientes a distorsionar la competencia, con base en la enumeración contenida en el art. 75 del Acuerdo de Cartagena atrás mencionado⁵³². En diciembre de 1987, la Comisión expidió la Decisión 230, que sustituye la Decisión 45 y que recoge en buena medida las recomendaciones de la Propuesta 168, presentada por la Junta como consecuencia de la declaración de voluntad de los Países Miembros en el sentido de perfeccionar los mecanismos de la Decisión 45, recogida en las deliberaciones del Protocolo de Quito.

En diciembre de 1989, los Presidentes de los Países Miembros aprobaron el Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino, el cual contempla la necesidad de revisar y perfeccionar los mecanismos contemplados por la Decisión 230 y establecer instrumentos ágiles para la protección de la competencia⁵³³. Como

⁵³² La Decisión n° 45, titulada “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión”) (1971) incluyó una lista no exhaustiva de prácticas restrictivas del comercio, señalando con especial importancia al fenómeno dumping.

⁵³³ En diciembre de 1987 se aprobó la Decisión n° 2309 (“Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia de-

consecuencia de dicho mandato presidencial, la Junta estudió varias Propuestas, la última de las cuales, la 226, se constituyó en el antecedente inmediato de la Decisión 285⁵³⁴.

Asimismo, el nuevo Comité Andino para la Defensa de la Libre Competencia podrá elevar recomendaciones tendientes a promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia. Este principio de promoción de la libre competencia aunque no recogido en la Decisión 285 no era extraño en el ordenamiento jurídico comunitario, aunque estaba articulado de una manera distinta. Cabe recordar que la Decisión 323 de agosto de 1992 creó una Comisión de Alto Nivel de Competencia, compuesta por representantes tanto de la Comunidad Andina, de la Secretaría General, y de los países miembros, que se encargaba de identificar los productos

ntro de la Subregión. Sustitución de la Decisión”). Dicha disposición establece por primera vez la necesidad de establecer una relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave derivado de las mismas, como requisito para la aplicación de las medidas correctivas. La Decisión en su art. 1 recoge la lista de prácticas enunciadas en el Art. 93 del Acuerdo de Cartagena (dumping, las manipulaciones indebidas de precios, las maniobras destinadas a perturbar el establecimiento normal de materias primas y otras medidas de efecto equivalente). Tal Decisión como su precedente, da un tratamiento genérico a las restricciones al comercio, sin regular de manera específica, las conductas diferentes al dumping.

⁵³⁴ El 21 de marzo del año 1991, se aprobó la actual norma, la Decisión n° 285 (“Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia. (En lo sucesivo .Decisión 285.). Al mismo tiempo, se aprobaron las Decisiones n° 283 y 284. Con estas tres normas, se castiga por primera vez de manera separada a dumping y subsidios, restricciones impuestas a las exportaciones por los gobiernos de los países miembros y conductas restrictivas de la libre competencia, éstas últimas mediante la Decisión 285. La necesidad de modificar la Decisión 285 no era nueva, sino que ya estaba en proceso de revisión y existía ya un proyecto de Decisión que modificaría a la Decisión 285, ante las deficiencias y lagunas de la citada norma. Sin embargo, esta norma no había sido aprobada por cuanto los Países miembros esperaban la aprobación previa del Arancel Externo Común aplicable a los cinco países.

o sectores cuya producción o comercio intrasubregional podrían verse perjudicados por prácticas que distorsionasen la competencia. Para ello la Comisión propiciaba que los Gobiernos o empresas donde se originan las prácticas que distorsionen la competencia asumiesen compromisos conducentes a eliminarlas o atenuar sus efectos. De no llegarse a una solución concertada en el término de quince días, la Secretaría General sumariamente autorizaba al País Miembro afectado, a adoptar las medidas compensatorias requeridas para corregir las distorsiones derivadas de las prácticas desleales. En las secciones posteriores se hará un breve análisis del marco institucional, el ámbito de aplicación y el procedimiento.

El mayor problema que los estudiosos le han asignado a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, es su carácter ex-post que va en contravía con la moderna concepción ex-ante de las normas sobre promoción de la competencia en el mundo. En cualquier caso, dicha Decisión fue un fracaso. Durante los catorce años de la vigencia de la norma solo cuatro casos se presentaron ante la autoridad comunitaria. Los defectos señalados por los autores mencionados fueron resueltos en gran medida con la nueva Decisión 608 de 2005 (“Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”⁵³⁵ que recoge las nuevas normas comunitarias para la protección y promoción de la libre competencia en la sub-región andina, y que responde a la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización. La aprobación de esta nueva norma es resultado de un Convenio de Cooperación firmado entre la Comunidad

⁵³⁵ M.C. Cabrera, “La Política de Competencia de la Comunidad europea y la Comunidad Andina”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* [...], pp. 49–60; G. Ibarra Pardo, “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones”, *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – Javegraf, Bogotá, 2004.

europea y la Secretaría General de la CAN, que incluía entre sus objetivos la modificación de la actual norma de competencia. Esta aprobación reviste gran importancia por cuanto en la Cumbre celebrada en Guadalajara en mayo de 2004 con ocasión de la Cumbre UE. Latinoamérica y Caribe, la Unión europea y la CAN acordaron que la celebración de un Acuerdo de Asociación, que incluye una zona de libre comercio, constituye su objetivo común estratégico, y es de esperar que en tal Acuerdo se incluya un capítulo relativo a competencia⁵³⁶.

La CAN dispone de organismos supranacionales, a diferencia de otras organizaciones regionales de integración en la zona, correspondiendo a la Secretaría General con sede en Lima (Perú) la aplicación de estas normas mediante la investigación administrativa de determinación de la responsabilidad, y sus Resoluciones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con sede en Quito (Ecuador).

La Decisión 608 se adecua, en primer término, a la nueva estructura institucional del Acuerdo de Cartagena, al hacer referencia a la Secretaría General; téngase en cuenta que la Decisión 285 hacía referencia a la antigua estructura, y en particular, a la Junta. En segundo término, contempla la creación de un Comité Andino de Defensa de Libre Competencia (CADLC.), el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los países andinos. Dicho Comité tendrá un papel consultivo y emitirá recomendaciones. Por último, la Decisión 608 debe ser valorada por cuanto no

⁵³⁶ El art. 93 del actual Acuerdo de Cartagena estableció “Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como dumping, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente”.

solo viene a acallar las críticas más importantes (ausencia de conductas per se, ausencia de sanciones) sino que introduce elementos novedosos: a) se amplían los poderes de investigación de tanto la Secretaría General como de las autoridades nacionales; b) las autoridades nacionales se verán asociadas en el procedimiento investigando y prestando asistencia a la Secretaria General durante la investigación, lo cual dará más eficacia; c) los derechos de defensa de los agentes económicos se ven protegidos al tener un acceso continuo al expediente, poder presentar alegaciones escritas en diversas ocasiones, y posibilidad de celebrar una audiencia; d) la ausencia de legislación de competencia en Bolivia se ve compensada por la facultad de aplicar la Decisión 608 a las prácticas puramente nacionales.

Esta cooperación estrecha entre las autoridades nacionales y la Secretaría General ha sido una novedad más que destacable por cuanto permite establecer un clima de mutua confianza entre autoridades y un intercambio de experiencias.

4. Comunidad del Caribe y Mercado Común (CARICOM)

Fue creada por el Tratado de Chaquaramas en el año 1973⁵³⁷. El Capítulo VIII del Tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor. El art. 171 crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria. El Capítulo VIII define, entre otros aspectos, los objetivos de las políticas de competencia, aspectos procesales, la prohibición de determinadas conductas anticompetitivas y del abuso de la posición dominante. Adicionalmente, mediante el Protocolo VIII del año 2000 denominado “Política de

⁵³⁷ E. Conde Pérez, E.: “Caricom y otros procesos de integración en el Caribe: los retos ante el siglo XXI”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. X, 2000, pp. 117–175.

Competencia, Protección al Consumidor, Dumping y Subsidios” (en inglés, “Protocol VIII: Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies”) se modificó el tratado constitutivo de la CARICOM.

5. Mercado Común Centroamericano

A) Condiciones de competencia de los mercados centroamericanos

Las condiciones de competencia de los mercados centroamericanos han sido objeto de consideración, especialmente desde que se aplicaron una serie de reformas económicas a partir de mediados de los años ochenta y en el transcurso de los noventa⁵³⁸. La apertura de la economía, la desregulación y la privatización de empresas se llevaron a cabo sin los cambios legales e institucionales necesarios para promover la competencia y así evitar el abuso de poder de mercado por parte de las grandes empresas, además de múltiples formas de competencia desleal⁵³⁹.

⁵³⁸ H. Bonilla, “Políticas de competencia en Centroamérica”, *Boletín latinoamericano de competencia*, n° 1, mayo, 1997, pp. 21–22.

⁵³⁹ Las políticas de competencia y de regulación en los países de Centroamérica, excepto Belice, aparecieron de forma tardía en la segunda mitad del decenio de 1990 y se introdujeron con bastante retraso respecto de otros países latinoamericanos. Sin embargo, a partir de fines de los noventa y principios del siglo XXI adquirieron una relevancia significativa en la formulación de la política pública. En la práctica, la importancia de estas políticas ha sido insoslayable, especialmente a partir del proceso de privatizaciones de grandes empresas del sector público iniciado a fines de los años ochenta, cuya implementación no estaba guiada por reglas claras en la mayoría de los países, lo que dio lugar a una serie de distorsiones en los mercados. Por otra parte, las empresas que se mantuvieron en jurisdicción del sector público, al abrirse las economías también han probado ser, en su mayoría, un lastre para la competitividad de las economías en el mercado internacional, de forma que su desempeño también ha requerido cambios de los sistemas de competencia

Gran parte de la atención en materia de competencia se ha centrado en los sectores que por largo tiempo estuvieron protegidos, donde unas pocas grandes empresas dominaban el mercado, eran poco competitivas a escala internacional y en muchos casos pertenecían al Estado. En general, estos sectores son los que generan servicios de utilidad pública esenciales, como telecomunicaciones y energía eléctrica, entre otros.

En los casos mencionados se han implantado nuevas regulaciones para inducir a las empresas, ahora privadas, a generar servicios competitivos, a darle el mantenimiento necesario a sus plantas y a cobrar tarifas adecuadas. En el plano del funcionamiento de mercado, todos los países del área han avanzado en generar marcos legales e institucionales para evitar distorsiones innecesarias. Todos los países cuentan con una ley de protección al consumidor y también tienen un organismo que se encarga de su aplicación. En contraste, sólo dos naciones —Costa Rica y Panamá— han promulgado una ley antimonopolio con todos los mecanismos para su aplicación. Los demás países tratados en este estudio —El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua— han enfrentado considerables obstáculos políticos para lograr la aprobación de una ley de este tipo, pero en todos los casos existen proyectos en proceso de discusión. Hay que notar, sin embargo, que las leyes de competencia de Costa Rica y Panamá no requieren que las fusiones de empresas soliciten aprobación por parte de las respectivas Comisiones de Competencia, de forma que si éstas obstaculizan la competencia en sus mercados, las autoridades sólo pueden actuar *ex post*.

Los mercados centroamericanos presentan grandes dificultades tanto para operar adecuadamente como para convertirse en un vehículo de mejora de las condiciones de vida de su población. Estas

y regulación existentes. Vid. SIECA, *Diagnóstico y propuestas sobre la política de competencia en Centroamérica*, Guatemala, junio. 2000.

dificultades provienen al menos de tres distintos orígenes. El primero consiste en el reducido tamaño de sus mercados, característica que en algunos casos no permite la operación rentable de más de una empresa (monopolio natural) o de un número muy pequeño de ellas (oligopolio). Asimismo, influye la falta de un marco institucional que promueva la competencia en los mercados en que ésta difícilmente puede producirse espontáneamente⁵⁴⁰. Un factor atenuante de las características anteriores ha sido la disponibilidad de mayores importaciones a partir de la apertura comercial, las cuales han representado un factor disciplinario para los mercados con producción interna muy concentrada. Con todo, este factor, que puede simular condiciones de competencia en los mercados donde existen pocas empresas, no puede operar en circunstancias en que el acceso a mercado resulta impedido por barreras naturales o comerciales.

En segundo lugar, los mercados muy concentrados en los países centroamericanos tradicionalmente estuvieron fuertemente regulados, aunque de forma poco eficiente, lo que no ha ayudado a simular condiciones de competencia en dichos mercados. Durante muchos años, la regulación no contrarrestó, sino más bien reforzó, los efectos de la protección y los subsidios a estos sectores, conduciendo a su rezago tecnológico progresivo. A fines de los años ochenta, las empresas del sector público atravesaron por serias dificultades cuando el Estado no pudo continuar subsidiándolas al enfrentar una fuerte deuda externa y grande déficit fiscales. Esta situación dio lugar a la desregulación de la economía (liberalización de precios, facilitación al ingreso de inversión extranjera directa (IED), y flujos de capital en general, de importaciones, etc.) y al traspaso de empresas públicas a capitales nacionales y extranjeros a través de un proceso de fusiones y adquisiciones (FyA).

⁵⁴⁰ SICA-CEPAL, *La integración centroamericana: beneficios y costos*, Centroamérica: SG-SICACEPAL, Documento síntesis, mayo, 2004.

Las posibilidades de estas empresas de ofrecer servicios o productos de calidad comparable a la internacional, y a precios competitivos a la población, han sido limitadas y el esfuerzo que deben hacer para lograrlo es muy grande. La regulación se ha modernizado en algunos sectores y en algunos países, pero aún dista mucho de propiciar la competencia.

Por último, el proceso de privatizaciones y el de fusiones y adquisiciones en la región estudiada coincidió con un período de desregulación de los flujos internacionales de capitales y un proceso de reestructuración de diversos sectores en la economía mundial. Como resultado de ello, la producción de ciertos bienes, especialmente de *commodities*, se concentró en un menor número de grandes empresas a escala internacional y ello también reforzó, en algunos casos, el proceso de reestructuración de la industria en la región centroamericana. Los países también se vieron muy limitados a actuar sobre este proceso al no contar con un marco legal que les permitiera dirimir posibles problemas derivados de los procesos de concentración a escala internacional sobre sus propias economías.

Así, en los momentos en que los países centroamericanos se proponen contar con los mecanismos legales e institucionales para proteger la competencia de sus mercados, o en los casos en que ya existían pero se plantean mejorarlos, conviene considerar todos los elementos necesarios para diseñar una política de competencia idónea a esas situaciones.

Hasta el año 2004 el único país Centroamericano que había adoptado una ley especial para el tema de competencia era Costa Rica. A finales del año 2004 El Salvador adoptó su Ley, en el año 2005 Honduras y en el año 2006 Nicaragua. En el caso de Guatemala, cuenta con una Dirección de Competencia con el objetivo de impulsar la Ley en el Congreso, promoviendo la discusión con distintos grupos políticos, académicos, agentes económicos y so-

ciudad civil. Se pretende que este año sea presentado el proyecto al Congreso.

Dentro del Sistema de Integración Económica Centroamericana, los Viceministros encargados del comercio crearon el Grupo de Trabajo de Política de Competencia dentro de la Integración Económica conformado por las autoridades encargadas del tema en cada uno de los países. En general, en los últimos años el tema de competencia ha cobrado relevancia dentro de la región y se le ha dado importancia tanto a nivel nacional, regional e internacional incluyendo las discusiones en Tratados Comerciales Internacionales.

Dentro de la zona de libre comercio centroamericana, el comercio intrarregional muestra un comportamiento muy dinámico desde la fecha de su creación hasta el año 2005, el cual solamente es interrumpido en el quinquenio de 1981 a 1985. La tasa de crecimiento promedio anual de 1960 al 2005 es del 11.4%, al pasar de US \$30.3 millones a US \$ 3, 912 millones. Este comportamiento es muy superior al mostrado por las exportaciones con destino a otros mercados del mundo, las cuales para el mismo periodo crecieron en un 7.5% promedio anual. Es significativo que para el período 2000 a 2005, el crecimiento promedio anual del comercio intracentroamericano fue del 8.4%, contra solamente el 3.4% de las exportaciones con destino a otros mercados, lo que pone de manifiesto la importancia del MCCA para los países de la región. El dinamismo del comercio intrarregional se traduce en amplios beneficios para la región, pues en la actualidad funcionan un gran número de empresas centroamericanas, de las cuales aproximadamente el 75% son pequeñas y medianas empresas, lo que se traduce en fuentes de trabajo, el impulso de una nueva clase empresarial y el desarrollo de servicios relacionados con el comercio; asimismo, circulan cerca de un millón de vehículos de carga al año, con un movimiento de carga de más de 15 millones de toneladas métricas anuales, para lo cual se ha dotado a la región de una

red de infraestructura física que incluye 10.300 kilómetros de carreteras regionales.

El comercio intrarregional manifiesta su enorme importancia pues solamente es superado por los intercambios con los países de América del Norte, siendo muy superior al del resto de los bloques en conjunto como destino de sus exportaciones. En ese sentido, el trabajo desarrollado en el marco de la integración económica de la región centroamericana, se ha enfocado en la consolidación de una Unión Aduanera. Este salto cualitativo en el proceso consiste en sustituir los cinco territorios aduaneros por un solo territorio aduanero con el propósito de consolidar la libertad de tránsito a las mercancías independientemente del origen de las mismas, previa nacionalización en alguno de los Estados Miembros, de los productos procedentes de terceros países.

B) EL MCCA y la libre competencia

El MMC nace del “Tratado General de Integración Económica Centroamericana” que fue suscrito en año de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. El Protocolo de Guatemala de 1993 contempla en varias de sus normas que los Estados que lo conforman deben adoptar normas de libre competencia, especialmente en el art. 25.

– Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (TLCAN) o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA): suscrito por EE UU, México y Canadá. Entró en vigencia el primero de enero de 1994.

Finalmente, debemos reseñar que algunas instituciones internacionales han apoyado directamente la aplicación de las políticas de promoción de la competencia así como la cooperación entre las distintas autoridades de la competencia, mediante recursos, asesorías, seminarios, talleres, conferencias, documentos etc. Entre

ellos, el Internacional Competition Network (ICN), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁵⁷, la Organización de Estados Americanos (OEA), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), la Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), y la Comisión de Competencia de la Unión Europea.

El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA (Protocolo de Tegucigalpa) fue suscrito por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá en el año 1991. Mediante este protocolo se establece y consolida el Sistema de la Integración Centroamericana –SICA– como el marco institucional de la región, incorporando a Panamá como Estado Miembro. En diciembre del 2000, el gobierno de Belice se adhiere al SICA en calidad de Estado Miembro y en diciembre del 2003 lo hace República Dominicana, en calidad de Estado Asociado. El Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala) fue suscrito en 1993, establece y consolida el Subsistema de Integración Económica, adaptándolo al nuevo marco institucional del SICA y a las nuevas necesidades de los países de la Región. Su objetivo básico es “alcanzar el desarrollo económico y social equitativo y sostenible de los países centroamericanos, que se traduzca en bienestar de sus pueblos y el crecimiento de todos los países miembros, mediante un proceso que permita la transformación y modernización de sus estructuras productivas, sociales y tecnológicas, eleve la competitividad y logre una reinserción eficiente y dinámica de Centroamérica en la economía internacional”.

El subsistema de Integración Económica debe ajustarse a los siguientes principios y enunciados: legalidad; consenso; gradualidad; flexibilidad; transparencia; reciprocidad; solidaridad; globalidad; simultaneidad y complementariedad.

Mediante este instrumento los Estados Parte se comprometen a alcanzar de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva, la Unión Económica Centroamericana cuyos avances deberán responder a las necesidades de los países que integran la región.

C) Grupo de Trabajo sobre Política de Competencia

Dentro del proceso de Integración Económica Centroamericana, donde cobró vida el Grupo Centroamericano de Política de Competencia, creado en mayo 2006 por los Viceministros encargados del comercio de la región. Este Grupo trabaja de la mano con un proceso coordinado de negociación de la Unión Aduanera.

En la actualidad, los países con la finalidad de alcanzar mayores niveles de competitividad de las empresas y en general de la actividad económica nacional, tratan de armonizar los requerimientos de la apertura comercial, la modernización de estructuras productivas, la desregulación económica y el establecimiento de un marco legal y constitucional que impulse y proteja la libre competencia de los agentes económicos.

Centroamérica forma parte de esa dinámica en que se encuentran inmersas las economías a nivel mundial, lo que irremediablemente nos lleva a estar insertos en el proceso de globalización; por ello, es oportuna la decisión de ampliar espacios y horizontes mediante la adopción y transformación de instrumentos administrativos y jurídicos tendentes a la tutela y defensa efectiva de la competencia en los distintos países del área. Es así como los Viceministros encargados del Comercio, a petición de las autoridades encargadas del tema de competencia en cada uno de los países, identifican la necesidad de establecer dentro de la negociación de la Unión Aduanera Centroamericana un Grupo de Trabajo de Política de Competencia, con el fin de fortalecer la política de competencia de los países centroamericanos por medio del diseño

de una política de competencia regional y el fomento de su cultura.

Las actividades del grupo se encuentran enfocadas a la coordinación y cooperación entre autoridades encargadas del tema de competencia. Asimismo, pretende contribuir al incremento de la cultura de competencia por medio del intercambio de conocimientos y experiencias entre los países centroamericanos, la cooperación tanto entre los países de la región como con aquellos de afuera que posean mayor desarrollo en temas de competencia. En particular, el Grupo de Trabajo tiene como objetivos específicos de corto, mediano y largo plazo:

i) incrementar, optimizar la actuación y lograr el cumplimiento de las funciones de las autoridades de competencia en la prevención, detección y persecución de prácticas anticompetitivas que puedan presentarse en el comercio regional;

ii) lograr el compromiso de los países de la región en prestar colaboración y llevar a cabo todas las acciones y gestiones necesarias para la consecución de los objetivos asignados regionalmente en defensa de la competencia;

iii) colaborar e intercambiar experiencias entre los países centroamericanos que cuentan con una ley en materia de competencia y que éstos apoyen para impulsar el tema en los países que se encuentran en proceso de adopción de este tipo de legislación;

iv) promover la cooperación internacional a nivel regional que permita el fortalecimiento de las capacidades institucionales, así como la creación de las mismas en los países que no tienen Ley, con el fin de fortalecer y facilitar una correcta formulación de diagnósticos de competitividad en dichos países;

v) fomentar la cultura de competencia en la región centroamericana.

Los resultados que se esperan alcanzar inicialmente por el grupo de trabajo comportan la consolidación de la política de competencia a nivel nacional y regional. Sobre esta base construir la formulación de Instrumentos Jurídicos de Competencia en la Integración Centroamericana y hacer evolucionar el Grupo de Trabajo a Comité de Competencia de la Integración.

En la actualidad, la regulación de las prácticas restrictivas de comercio, en el contexto del comercio de la región, particularmente la discriminación de precios, se resuelve por la vía de las prácticas “antidumping”. Las relaciones derivadas de las transacciones comerciales entre empresas ubicadas en el territorio de un mismo país se enmarcan dentro de la regulación de las normas de defensa de la competencia nacionales. Más aún, la aplicación de prácticas “antidumping”, en un espacio como el de un esquema de integración cuyo objetivo es la libre circulación de bienes y servicios resultaba un tanto contradictorio dado que el “dumping” protege a los productores internos y la competencia promueven la eliminación de barreras en los mercados. Sin embargo, al no existir legislación de competencia en la mayoría de los países de la región era el mecanismo utilizado para la defensa comercial. En ese sentido, a medida que el Grupo de Trabajo de Política de Competencia de la Integración Centroamericana avance tendrá la tarea de trabajar conjuntamente con el Grupo de Trabajo de Defensa Comercial.

La Integración Centroamericana cuenta con un reglamento para la Solución de Controversias. Sin embargo, mientras no exista una legislación regional en materia de competencia para atender las prácticas anticompetitivas, cada uno de los países deberá de aplicar los procedimientos establecidos en las legislaciones nacionales en coordinación con las autoridades de los países que se vean afectados por la práctica anticompetitiva. Es decir, la disciplina de competencia debe de estar exceptuada de la aplicación del

reglamento de solución de controversias centroamericano y seguir los procedimientos establecidos en las legislaciones nacionales.

Existe un consenso de la máxima autoridad dentro de la Integración Centroamericana, que en la medida de lo posible, los acuerdos o tratados comerciales deberán de ser negociados en bloque. No siempre se ha dado el caso antes mencionado, por lo que algunos países, han estrechado lazos comerciales bilateralmente con otros países y han incluido capítulo de competencia. Los Tratados o Acuerdos Comerciales negociados que contemplan disposiciones en la materia son: TLC entre Centroamérica y Chile, TLC entre Centroamérica y República Dominicana, TLC entre Centroamérica y Panamá, TLC Costa Rica y CARICOM, TLC Costa Rica y Canadá.

Las disposiciones en materia de competencia recogidas en los Tratados o Acuerdos Comerciales negociados como bloque comercial recogen la voluntad de las Partes en adoptar y mantener disposiciones para combatir las prácticas anticompetitivas y un mecanismo que facilite y promueva el desarrollo de la política de competencia dentro del Área de Libre Comercio.

En alguno de los casos, existen disposiciones para la revisión de los avances en la adopción de disposiciones en materia de competencia y mecanismo para facilitar y promover el desarrollo de la política de competencia.

El caso de Costa Rica, en lo relacionado a disposiciones de competencia en los Tratados o Acuerdos comerciales negociados bilateralmente con sus socios comerciales, difieren del enfoque de los capítulos negociados en bloque centroamericano pues cuentan con disposiciones encaminadas a asegurar que los beneficios de la liberalización comercial no se vean menoscabados por actividades anticompetitivas y promover la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia de las Partes. Esto se debe a que Costa Rica cuenta con una legislación de competencia adoptada

desde 1995 y por ende cuentan con mayor trayectoria en la materia.

Como se puede apreciar, el trabajo realizado por los países centroamericanos en materia de competencia ha sido grande. A pesar, de los avances alcanzados aún quedan mucho por hacer en lo correspondiente a cooperación técnica entre países, capacitación continua de funcionarios de las autoridades y sociedad civil, difusión y divulgación para la creación de una cultura de competencia en pro de la detección, prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas en los mercados nacionales como en el mercado regional.

CONCLUSIONES

I

La presencia de competencia como principio rector de toda economía de mercado incorpora un elemento esencial para el crecimiento económico con importantes consecuencias sociales al permitir desarrollo de las libertades individuales básicas; entre ellas, la primera y más importante en un sistema de economía de mercado, el ejercicio de la libertad de empresa. La política de competencia, entendida como el establecimiento de normas de funcionamiento de los mercados con el objetivo de garantizar la protección, no de las empresas individuales, sino del proceso competitivo a fin de evitar las medidas que restringen la libre competencia, ha sido considerada una de las principales áreas entre las políticas económicas de las modernas economías de mercado. La defensa de la competencia es una pieza fundamental en los sistemas jurídicos de aquellos Estados que poseen sistemas económicos basados en los principios de libertad de comercio y en este contexto el Derecho de la competencia tiene como fin favorecer el funcionamiento económico del mercado, tratando de prevenir que las empresas concluyan acuerdos que tengan efectos restrictivos, y controlando los actos o conductas realizadas por parte de las empresas con posición dominante, por medio del ejercicio abusivo de tal posición. Las normas que regulan la competencia económica tienen como finalidad evitar que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor.

Las políticas de inversión y de competencia constituyen elementos esenciales del buen clima de negocios y son también pilares esenciales de los fundamentos de la economía de los Estados que pueden tener efectos importantes en la productividad y el bienestar. Los Estados que progresan más rápido expanden la competencia y fijan menos barreras a la entrada. Las variaciones en la tecnología, en la organización global de los negocios y en la regulación han creado nuevas oportunidades para competir en áreas que anteriormente se consideraban como monopolios naturales (infraestructura) o que se consideraban como necesarias para preservar la soberanía nacional (servicios, bienes raíces y el sector financiero). Por el contrario, los Estados que no modifican sus políticas de inversión y que no ejercitan de manera adecuada los poderes y responsabilidades del Estado perderán sucesivamente coyunturas de crecer manteniendo al mismo tiempo el nivel de subdesarrollo.

El bien tutelado por la política de competencia es el mercado, a través de dos acciones: la promoción y la protección de la libre competencia, entendida como la libertad de los oferentes y demandantes de entrar o salir del mercado, sin posibilidad tanto individual o colectivamente de imponer condiciones en sus relaciones de intercambio y dicha política puede servir de complemento a la política comercial. El ámbito de aplicación de la política comercial es muy diferente del de la política de competencia, ya que la política comercial suele centrarse en las medidas en frontera en tanto que la política de competencia regula el comportamiento de las empresas en la totalidad del territorio del país de que se trata. Habida cuenta de que la política comercial no aborda directamente el comportamiento anticompetitivo en el país en el que se aplica, no puede impedir que las empresas privadas se comporten de manera anticompetitiva aun cuando se supriman en gran parte los obstáculos en frontera. De ahí la necesidad de un marco regulador y de un sistema de supervisión eficaz.

II

En las economías orientadas al mercado es necesario contar con un conjunto de reglas, aplicadas por el poder público, que garanticen el funcionamiento de los mercados. Son necesarios algunos mecanismos para eliminar u ordenar las distorsiones que inevitablemente existen en las economías orientadas al libre comercio. Buena parte de ese conjunto de reglas que garantizan el funcionamiento de las economías de mercado, lo constituyen las reglas de competencia económica, mejor conocidas como reglas antimonopolio.

La apertura económica y comercial precisa, mediante la competencia, un mecanismo de seguridad para evitar abusos. Por eso la importancia de que todos los Estados, en particular los en vías de desarrollo, se adapten y modernicen no sólo con sus marcos legales sino también con sus instituciones nacionales encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de competencia. El convencimiento de la necesidad de una política de defensa de la competencia es, como es lógico, más nueva en los países en vías de desarrollo que en aquellos ya desarrollados. La globalización de las economías nacionales obligó a la aparición de leyes de defensa de la competencia en aquellos países que no contaban con ellas, y a la adaptación y modernización en aquellos que si bien las tenían no se acomodaban a la nueva situación económica, identificada por un hondo proceso de concentración económica.

La evolución de las relaciones económicas internacionales pone de manifiesto la existencia de numerosas razones que militan a favor de la sumisión de las empresas, que operan a nivel internacional, a un orden de regulación de la competencia concebida a escala mundial. La necesidad de una reglamentación internacional de la competencia se hace sentir muy particularmente con la notable extensión del comercio internacional en estos últimos años en

razón de la progresión paralela de la liberación de los intercambios y de la globalización. Casi un centenar de Estados y de comunidades de Estados en el mundo disponen hoy día de una reglamentación de la competencia, así como de autoridades de vigilancia, de las cuales más de sesenta también han igualmente colocado un control de las concentraciones en la mayoría con una obligación de notificación previa

III

La tendencia a la expedición de normas de libre competencia, en países que no contaban con este tipo de legislación, se ha venido observando principalmente a partir de los años noventa. En muchos países, las ventajas de las leyes y de la política de la competencia tienen todavía que emerger visiblemente, ya que su aplicación ha sido obstaculizada por no poseer el personal adecuado, así como por la carencia de recursos y de información confiable. Además, dichos países deben asegurar las disposiciones que produzcan esta materia no se tornen en un obstáculo al flujo de inversiones y ofertas de servicios

Para estos países la elaboración de normas de competencia resulta necesaria con el fin de brindar garantías a la inversión extranjera y proteger sus mercados de la realización de prácticas restrictivas o monopolísticas por medio de las cuales empresas extranjeras podrían destruir la producción nacional y acaparar los mercados. Mientras que las leyes de competencia constituyen el marco legal en que los agentes compiten y, por ende, puede considerarse que son creadas para regular la competencia; la definición de políticas de competencia es más amplia, al incluir el conjunto de medidas que afectan la competitividad. Los países tienen diversos grados de desarrollo, y estas asimetrías en cuanto a desarrollo deben ser consideradas a la hora de definir los principios y normas de la competencia.

La instrumentación efectiva de una política de competencia es una novedad en los países de América latina. Ello impone la necesidad de tratar con realismo el ámbito de aplicación de dicha política cuyo dependerá de la capacidad efectiva del ente de aplicación para hacer efectivos dichos mandatos. Esto impone un ejercicio de identificación selectiva de los problemas de competencia más severos que confronta este país, a fin de incorporarlos en la agenda de políticas de la entidad de competencia. Es preciso, hacer dicha elección teniendo en cuenta que los recursos de que dispone para la implementación de la política son escasos. Por ello, una primera recomendación es formular la agenda de acción del ente de competencia de modo de lograr la mayor efectividad posible ante la sociedad con el menor uso posible de recursos.

Será la identificación de una agenda de acción adecuada a la realidad de cada Estado la que determine la estructura, cometidos y alcance que habrá de tener la agencia de competencia en este país. En tal sentido, es desaconsejable acometer una agenda ambiciosa de análisis “estructural” (fusiones y restricciones verticales), cuyos efectos benéficos sobre la competencia son debatibles, y sus costos, sin duda son sumamente elevados en términos de análisis económico de los mercados y de horas/persona que es preciso destinar a tal fin.

Es preciso emprender entonces una agenda de acción que identifique y desarticule las barreras legales que causan trabas o impedimentos a la competencia en el mercado, las restricciones emprendidas por las empresas que tengan su fuente en dichas barreras; y, con carácter subsidiario, otras restricciones fáciles de identificar (cárteles).

Es igualmente aconsejable que la entidad supervisora tenga capacidad para normar y regular otros campos conexos con la competencia, de modo integral: propiedad intelectual, competencia desleal, normas y estándares técnicos, protección al consumidor. Y también resulta menester que se deslinde claramente las

funciones de dicha entidad de competencia con aquellas a cargo de las autoridades de regulación económica que operan, por ejemplo, en materia de telecomunicaciones o en electricidad, si bien semejante deslinde no pueda prescindir de la asesoría técnica y consultiva que ha de efectuar la entidad de competencia en los temas de libre competencia y competencia desleal asociados con las regulaciones sectoriales.

Además, es necesario dotar a la entidad de competencia de autonomía funcional y financiera efectiva para emprender sus tareas, así como de las facultades legales necesarias para eliminar barreras legales y restricciones de mercado. Para lograr la autonomía financiera, y una mejor integración de funciones de supervisión, se recomienda que el ingreso por concepto de registro de derechos de propiedad intelectual (patentes, etc.) se destine para atender los costos de funcionamiento de la entidad. La constitución de la un órgano supervisor de la competencia no debería suponer la creación de nueva burocracia, sino la reorientación de los recursos ya existentes hacia la consolidación de un ente nuevo y especializado.

IV

La legislación y la política de competencia tienden a promover la eficiencia dinámica y otros objetivos económicos. En el contexto actual, deberían verse como complementarias, aunque con diferencias, a la política comercial y a la política de competencia. La situación internacional de crisis económica está determinando la necesidad de cooperación y acuerdos de complementariedad y solidaridad, lo que pudiera implicar una limitación a la competencia. Por ello es menester cuestionarse el papel de las agencias de competencia en este nuevo contexto internacional. La crisis económica crea incentivos para los carteles. Las empresas tienen muchos más incentivos para las prácticas colosorias en un ambiente de deman-

da deprimida. En tal sentido, es necesaria la regulación de los carteles, lo cual justifica el desarrollo de una cultura de competencia.

El modo más efectivo de fomentar una cultura de la competencia es la aplicación eficaz de la ley de competencia y el seguimiento y cumplimiento de dicha legislación, la cual incluye la investigación de todos aquellos casos que supongan un beneficio importante para los consumidores. Igualmente es importante llevar a cabo una agresiva estrategia de difusión que permita transmitir a los agentes económicos la razón de ser de la política de competencia

V

Las recientes tendencias de globalización dan lugar a grandes inestabilidades. Es cierto que se está desplegando una capacidad de producción a escala mundial, sin embargo, el desarrollo de los mercados y de la capacidad de consumo no están bien situados. También es cierto que mercados y los sistemas de producción están globalizados, pero la competencia esta predominantemente organizada en torno a estrategias nacionales. La producción globalizada explota las grandes economías de escala, pero amplias necesidades sociales son excluidas de la esfera económica. Si bien la producción esta cada vez mas globalizada, el sistema económico mundial esta centrado en el comercio en desmedro de la producción. Ante todo, la globalización esta asociada a una modalidad destructiva de competencia. Tanto en los países industrializados como los que están en vías de industrialización, las estrategias industriales y políticas en materia de competitividad muchas veces están promovidas por los costos mas que colocadas hacia los beneficios de las empresas y a la riqueza y nivel de vida de la sociedad. El objetivo consiste en reducir los costos de producción lo más posible, pero gran parte los mercados, incluso los de bienes

de alta tecnología, esta dominada por una ardua competencia y explotación.

La supresión de medidas gubernamentales que intervenían en el mercado interno en favor de determinadas empresas (que no forzosamente eran las más competitivas) reduce, en beneficio de la colectividad, los costos de dichas medidas, tanto desde el punto de vista de una eficiente asignación de recursos del Estado como desde la perspectiva del consumidor. La introducción de normas y políticas de competencia transforma las estructuras productivas de un país, al eliminar monopolios estatales o privados y al garantizar una participación equitativa de todos los actores económicos en el mercado, sin apoyos discrecionales y discriminatorios por parte del Estado. La experiencia ha demostrado que en algunos casos, prácticas empresariales que en teoría son restrictivas, pueden ser válidas desde el punto de vista del crecimiento industrial de un país: una fusión empresarial, por ejemplo, puede ser positiva en términos de eficiencia productiva. A escala nacional corresponde a las autoridades encargadas de la legislación de competencia determinar si la fusión es una práctica desleal, dañina para el buen funcionamiento del mercado, o si los criterios de eficiencia son suficientes, desde el punto de vista del desarrollo económico nacional, para justificarla. Por el contrario, a escala internacional, la situación vigente es que no existe ninguna autoridad multilateral en materia de competencia y que aún no se ha logrado una normativa multilateral (*v.gr.* en el ámbito OMC), reguladora de esta materia.

VI

La política de competencia internacional ha recorrido un largo camino en las últimas dos décadas. Los mayores éxitos en el sector se han conseguido a través de la convergencia normativa y de la prevención de conflictos. Pese a que los conflictos se siguen

produciendo (por ejemplo, la fusión entre Boeing / McDonnell Douglas), los mecanismos internacionales existentes para aminorar las consecuencias funcionado aceptablemente. Estos mecanismos parecen corresponder bien con el mundo liberal de la gobernanza transnacional. Las autoridades nacionales y otros actores no gubernamentales de competencia se han comprometido con ellos en una variedad de redes formales e informales para producir el contorno de un sistema de competencia global. Las redes han operado en tres niveles: a) para producir una comprensión más profunda de los principios de competencia y las normas con el objeto de construir la convergencia internacional; b) para proporcionar la necesaria asistencia técnica que permita a los Estados operar con eficacia; y c) para el desarrollo de para una mayor cooperación y coordinación internacional. Sin embargo, el sistema actual todavía no depara soluciones aceptables. La aplicación de los principios de competencia en muchas economías en transición, donde el Estado sigue siendo el actor económico importante, sigue siendo problemático. Y lo mismo puede decirse de las economías en desarrollo que se vieron obligados a adoptar los mercados abiertos y las leyes de competencia como consecuencia de la asistencia de instituciones como el FMI. El descrédito del consenso de Washington, idea fuerza detrás de la cual reposa la creación de estos regímenes de competencia, y la actual crisis global puede significar que la tentación de algunos de estos Estados a alejarse del modelo que había comenzado a construirse.

La internacionalización del Derecho de la competencia se ha implementado tras la aparición de las redes transnacionales de los funcionarios y expertos de la competencia. Estas redes han operado en tres áreas principales: coordinación en materia de cumplimiento, asistencia técnica, y desarrollo desarrollar de principios generales reguladores en el ámbito de la OMC. El debate sobre la naturaleza de la internacionalización de las normas de competencia se ha reducido en tres fases: los primeros fracasos, debido principalmente a la falta de una red; la politización de la política

de competencia dentro de un contexto de la ONU y, por fin, por el surgimiento de una red principalmente en el seno de la OCDE. Tras la fase de coordinación se pretende desarrollar un régimen de derecho de la competencia en el ámbito de la OMC. Este proceso es liderado por la Unión Europea, con los EE UU favorable a la realización de acuerdos bilaterales sobre la aplicación y la asistencia técnica solamente. El distinto sesgo que adquirido el debate sobre estas cuestiones en los últimos años y la actitud de dos protagonistas principales modificando sus posiciones son indicativas de la influencia y la importancia de las redes que, si bien pueden dar lugar a acuerdos formales, pueden operar a través del poder blando y la persuasión. Lo que se desprende del análisis es la relevancia de estas redes en este importante capítulo de la gobernanza internacional contemporánea. No se puede sustituir sin más las formas más tradicionales de internacionalismo a través de meras presiones de carácter tecnocrático.

VII

El Derecho de la competencia internacional ha crecido en importancia a medida que las economías nacionales se han vuelto más integradas. Y, paralelamente a la proliferación de leyes nacionales de competencia, los esfuerzos de aplicación se han fortalecido. Este sistema está plagado de conflictos que surgen cuando los Estados perciben que la manera en que otro país haga o deje de aplicar su legislación de competencia afecta negativamente a sus intereses. La ausencia de un sistema de control de los comportamientos anticompetitivos a escala internacional tiene como consecuencia el hecho de que las empresas se vean obligadas a someterse a reglas nacionales diferentes y a veces contradictorias; dichas diferencias acaban por incrementar los costos (multiplicación de los procedimientos, de los gastos jurídicos, etc.) y los factores de incertidumbre y pueden pues constituir obstáculos a veces impor-

tantes para el desarrollo de los intercambios y de la inversión internacional

El impacto que tienen las disposiciones de competencia contenidas en los acuerdos comerciales ofrece un gran interés. Los acuerdos comerciales son acuerdos de mercado y la ley de competencia viene a regular esos mercados. Ahora bien, la discusión principal en los momentos actuales, no debe darse entre proteccionismo y libre comercio. Hoy día, el debate sobre la competencia debe enmarcarse en la búsqueda de un nuevo modelo de desarrollo. En tal sentido imponerse regulaciones al comercio y a la competencia, en el marco de políticas que busquen rescatar y proteger al sector productivo.

Al lado de los factores externos, la distorsión de la competencia internacional podría generar coerciones internas ligadas a la disparidad de las reglas de competencia de un país a otro y, a veces, a la ausencia total de una reglamentación moderna de competencia en numerosos países en desarrollo. Dicha discordancia es inevitablemente generadora de un clima de inseguridad, en la medida en que la misma práctica podría ser tan pronto tolerada como prohibida según el grado de intransigencia del régimen jurídico aplicable. Las leyes nacionales sobre la competencia son insuficientes en ciertos casos para aniquilar los efectos nocivos en el mercado nacional de las prácticas anticompetitivas cometidas en el extranjero. A esto se agregan los diversos tipos de conflictos que surgen entre las autoridades de competencia por causa de la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia, las encuestas deben de llevarse a cabo fuera de las fronteras nacionales, y deben usurpar la soberanía de terceros países.

VIII

Son muchos los retos que deben afrontar los Estados para lograr que el Derecho de la competencia efectivamente cumpla sus

propósitos. Las autoridades de la competencia están sujetas a presiones de diferentes fuerzas políticas tanto del gobierno como en el sector privado que pondrán a prueba una y otra vez su independencia. La promoción de la competencia requiere un Estado fuerte que logre hacer cumplir la ley. En efecto, las autoridades de la competencia deben tener personal calificado y herramientas y recursos suficientes, pues la aplicación del Derecho de la competencia no implica una operación mecánica de normas, sino que precisa de estudios económicos muy complejos.

La política de competencia puede ser una herramienta eficaz para reducir la corrupción, garantizar que los consumidores se beneficien de la liberalización y la reforma del comercio, y limitar el poder de las grandes corporaciones a nivel nacional, regional y mundial. Por lo tanto, no es de extrañar que tenga muchos detractores. El hecho de que los países en desarrollo se limitan a copiar gran parte de sus leyes y políticas con las de los países desarrollados, sin necesidad de adaptarse a las condiciones locales, sólo lo hace más difícil luchar contra los opositores a la introducción de una moderna regulación en la materia. Por tanto la cuestión estriba en crear instituciones que pueden ver a la aplicación de la ley y la política de competencia.

Resulta indispensable evitar la “captura” de la entidad por parte del gobierno o de grupos de presión. La legitimidad de la autoridad de la competencia depende de varios factores, entre ellos, la autonomía para investigar y tomar decisiones. Esta autonomía depende del lugar que ocupe en el Estado (la mayoría se encuentran adscritas al Poder Ejecutivo a través de un Ministerio), de la forma como se financia, de la forma como toma las decisiones, de la forma como se nombran sus funcionarios y la estabilidad de su personal.

Además, hay un problema cultural que solo puede cambiar la efectiva aplicación de las normas de libre competencia y la educación. Por muchos años el modelo proteccionista produjo empresas

ineficientes, cuya viabilidad dependía más del gobierno que del grado de satisfacción de sus productos a los consumidores. Hasta hace pocos lustros, esas políticas (de libre competencia) eran vistas con recelo, incluso con animadversión, y eran por tanto abiertamente desestimuladas a favor de objetivos de política tenidos por “desarrollistas”, en políticas industriales, comerciales, tecnológicas y agrícolas. Se veía la competencia como un fenómeno errático, que amenazaba los fines públicos conciliados a través de una “planificación racional” de los recursos sociales. Esta visión ha dado paso a otra que concibe la competencia como un fenómeno de mercado que es preciso proteger de distorsiones y manipulaciones gubernamentales y, en el contexto de una creciente liberalización desregulatoria y comercial, distorsiones introducidas por las propias empresas públicas y privadas.

IX

La globalización del comercio y la proliferación de casos internacionales son un reto para la política de competencia. Sin embargo, los derechos y las políticas de competencia todavía se basan en el postulado Estado–nación dificultando un control adecuado de las prácticas competitivas. Al separar el territorio en el que se determinan las áreas geográficas donde se producen sus efectos, ponen de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos de control interno, complican extraordinariamente las estrategias comerciales de las empresas. Los efectos adversos causados por la aplicación unilateral del Derecho de la competencia ponen de relieve la inadecuación del sistema. La única solución factible es la posibilidad de concluir un acuerdo internacional y la eventual ordenación para la ordenación adecuada de las prácticas anticompetitivas y de las concentraciones derivadas de la creciente internacionalización del sector. El marco plurilateral, incluida la OMC, es marco institucional adecuado al incluir elementos de cooperación, un

cierto número de normas mínimas y un mecanismo de solución de controversias.

X

La competitividad internacional consiste en la capacidad adquirida por los agentes económicos para acompañar el ritmo del progreso técnico y utilizar el acervo de conocimientos disponibles por la sociedad contemporánea. Además de las inversiones en capital humano realizadas en el pasado, los niveles de competitividad de una economía dependen de una estrecha articulación entre las estrategias adoptadas por los agentes privados y la conducta del gobierno. Conforme a las consideraciones realizadas, esta interacción de las esferas pública y privada sufre mutaciones periódicas, cuya intensidad se hizo notar particularmente en los últimos años. Por un lado, el progreso técnico alteró el funcionamiento de varios mercados, provocó la difusión de nuevas rutinas productiva y posibilitó formas inéditas de asociación entre empresas. Por otro lado, los gobiernos han sido forzados a abandonar gradualmente las formas clásicas de proteccionismo, buscar nuevos mecanismos de coordinación internacional, y a renovar el estilo de la gestión de los recursos públicos.

La actual ordenación del comercio internacional ha variado algunos de los desafíos que enfrentan tradicionalmente a las autoridades de la competencia: se ha añadido una dimensión internacional. Hasta tiempos recientes el sistema la pieza maestra de la defensa de la competencia internacional era su aplicación unilateral: cada país aplica sus propias herramientas para hacer frente a las cuestiones internacionales de defensa de la competencia dentro de las limitaciones que le impone el Derecho internacional público.

La OMC ha elaborado unas disciplinas estrictas sobre los diversos tipos de obstáculos oficiales al comercio y cabe esperar de una nueva Ronda completa progresos ulteriores en la liberaliza-

ción de tales restricciones. Sin embargo, actualmente no existe ningún marco multilateral sobre la aplicación del Derecho de la competencia a las prácticas anticompetitivas de las empresas, prácticas que también pueden tener un impacto significativo sobre el acceso a un mercado. La necesidad de tal marco multilateral también ha aumentado a consecuencia de la globalización de las actividades de las empresas. Hoy en día un número cada vez mayor de casos de competencia tiene una dimensión internacional: la cooperación entre las autoridades encargadas de la competencia es esencial para reforzar la aplicación del Derecho de la competencia y para limitar el riesgo de diferencias que surge de la obligación de aplicación e investigación extraterritorial. Un marco de normas y principios comunes contribuiría también a la reducción de los costes innecesarios de las empresas nacidos de la aplicación de diferentes Derechos de la competencia a las mismas transacciones internacionales.

Dentro del ámbito de la OMC se ha tratado de identificar principios comunes en cuanto a la política, el Derecho de competencia y su aplicación, pero que a la vez tengan en cuenta las particularidades de los países en desarrollo y menos adelantados. Si en mayor medida esto no se ha logrado, la explicación no es del todo clara, pues envuelve tanto elementos de lucha de poder como de incapacidad de los países en desarrollo para llevar adelante iniciativas propias en este sentido. Desde su perspectiva, la preocupación de la OMC está en las prácticas restrictivas que tienen incidencia internacionalmente, pues son las que pueden roer las bases de la organización, las que atacan sus objetivos básicos y si se trataran de solucionar aplicando extrajurisdiccionalmente el derecho de competencia, pudieran ser ineficaces y provocar conflictos internacionales.

La OMC trata de desarrollar normas comunes en materia de competencia, escuchando las recomendaciones de los países de la Unión Europea y de EU que son los que cuentan con mayor experiencia en materia de derecho de competencia y los que pueden

frustrar cualquier intento que no legitime sus intereses. De cualquier modo las políticas de competencia son deseables, pues pueden contribuir a la eliminación de las relaciones especiales, incluyendo el tráfico de influencias, que puedan establecerse entre un gobierno y un grupo empresarial y otras formas de corrupción. Esta puede ser garante del funcionamiento del mercado para el bien de todos, es preferible a un mercado sin leyes o autoridades que velen por las prácticas predatorias o desleales de los grandes que puedan ahogar a los débiles.

XI

Los cambios estructurales producidos en los mercados a escala internacional llevaron a una formación progresiva de mercados oligopolísticos. Por esa razón el Derecho de la competencia ha de enfrentarse a los nuevos excesos del poder de mercado y equilibrar estos poderes de mercado. En ocasiones estos poderes de mercado se manifiestan en territorios distintos y pueden tener efectos en varios estados. Hay que recordar que los mercados oligopolísticos raramente están representados exclusivamente por un número reducido de grandes empresas que compiten entre sí, sino que estas empresas incluyen en su “estrategia de mercado” otro número de empresas de menor dimensión que compiten entre sí.

La verdadera fuente de ventajas de la armonización residiría en el acuerdo internacional sobre criterios, más que sobre las normas concretas a aplicar. Por criterio se entiende el objetivo al que la política de competencia debería propender. De hecho, si no se armonizan los criterios y sólo se pacta a nivel de normas que luego se interpretan en pro de diferentes rentas, incluso habría escasa chance de cooperación en materia de sanción o apremio. De promoverse la armonización, debería generarse una legislación anti-trust “internacional”, que sirviera de guía para las legislaciones locales, y que muy probablemente surgiría del ámbito multilateral.

Sin embargo, al analizar cuál ha sido el avance en materia de armonización de criterios de política económica en el ámbito multilateral (básicamente, revelados a través de la negociación de políticas comerciales), es razonable poner en duda el apoyo que recibiría el objetivo de promover la eficiencia económica a través de la política antitrust. Es evidente, por ejemplo, que algunas prácticas aceptadas tradicionalmente por el GATT no tienen como objetivo, la promoción de la eficiencia. Los objetores del ideal de armonización sostienen con fundamento que antes de intentar implementar instrumentos multilaterales para aplicar internacionalmente la política antitrust, existe una necesidad mucho más evidente que consiste en formar consenso sobre las ventajas de promover la eficiencia, y sobre cuáles son los instrumentos idóneos para lograrla. De esta forma, surgiría un inconveniente no menor, que es exhibir las contradicciones entre las políticas pro eficiencia, y las reglas comerciales multilaterales vigentes. En caso de que a la autoridad multilateral se la invistiera con un rol de “abogado de la competencia”, habría una inusual fuente de controversia. Por fin, para que la armonización multilateral tuviera efectos, se requeriría el establecimiento de alguna autoridad global o al menos un tribunal de resolución de controversias, lo que algunos autores juzgan muy difícil o inaceptable (fundamentalmente al plantearse si las presentaciones deberían ser llevadas a cabo por el sector privado o la nación, si se podrían apelar casos nacionales, etc.).

XII

Los beneficios de los acuerdos internacionales en materia antitrust han sido muy cuestionados. Teóricamente, si cada país adoptara la legislación económica óptima, las ganancias de un acuerdo internacional sólo existirían en tanto se generaran externalidades de la cooperación y/o la armonización. Más allá de entrar a analizar si estas externalidades existen, la implementación internacional de “buena” legislación antitrust promovería, en los hechos,

beneficios mayores pues cada país está lejos de implementar legislación económica óptima. Hasta el presente, han existido algunos intentos concretos para avanzar en materia de cooperación y armonización. La OCDE promueve la cooperación de sus miembros en el área antitrust a través de tres etapas: la notificación (cuando en una investigación se estima que podría existir un perjuicio a otros países), la coordinación de las acciones legales y la asistencia en la investigación (este punto incluye el empleo de procedimientos de apremio para obtener información). La recomendación de la OCDE incluye el concepto de cortesía internacional positiva: un país miembro puede solicitar a otro que tome medidas a su discreción, para reprimir actividades contrarias a la competencia que afectan los intereses del país solicitante. Hoy están vigentes varios acuerdos de cooperación bilateral entre organismos nacionales de defensa de la competencia. A muy grandes rasgos, su característica típica es la inclusión del requisito de notificación y consulta, sin tener un alcance mucho mayor.

La promoción intragubernamental puede ser un ejercicio complejo y delicado. No obstante, cuando tiene éxito depara ventajas significativas en forma de mejor funcionamiento de los mercados, al resolver problemas de competencia que la aplicación del Derecho de competencia por sí sola no puede abordar. En general, cuanto más informada sobre el sector esté la autoridad en materia de competencia, cuanto más pronto intervenga, cuanto más completa sea su contribución y cuanto más imparcial y justa se perciba que es, mayor será la probabilidad de que sus propuestas sean consideradas e implementadas por el gobierno.

Semejante promoción es el resultado de una combinación de técnicas. Requiere educación de todos los poderes del gobierno en relación a la competencia y a sus beneficios y sobre cómo las actividades gubernamentales pueden restringir la competencia. Una autoridad en materia de competencia puede ser capaz de identificar restricciones potenciales en regulaciones y políticas propuestas, así como leyes y políticas existentes que necesitan una refor-

ma, mediante la evaluación de la competencia como método, tanto *ex ante* como *ex post*. En la medida en que la tarea de la promoción intragubernamental exige a los destinatarios, que deben implementar reformas, así como a una autoridad en materia de competencia, la creación de relaciones constructivas con destinatarios en el gobierno es otro aspecto clave. Una vez que se ha identificado el objetivo para una reforma, una autoridad necesita transmitir su mensaje al gobierno en el formato más apropiado y persuasivo. Generar concienciación de las reformas propuestas puede ser una herramienta eficaz con la que ejercer presión sobre el gobierno para que implemente las recomendaciones de promoción de la autoridad. Esto, sin embargo, depende de la existencia de una cultura de la competencia suficiente en una sociedad, cuyo establecimiento comprende una tarea relacionada para las autoridades en materia de competencia.

XIII

Dentro del ámbito de la OMC se han tratado de identificar principios comunes en cuanto a la política, el Derecho de competencia y su aplicación, pero que a la vez tengan en cuenta las particularidades de los países en desarrollo y menos adelantados. Si en mayor medida esto no se ha logrado, la explicación no es del todo clara, pues envuelve tanto elementos de lucha de poder como de incapacidad de los países en desarrollo para llevar adelante iniciativas propias en este sentido.

Desde su perspectiva, la preocupación de la OMC está en las prácticas restrictivas que tienen incidencia internacionalmente, pues son las que pueden roer las bases de la organización, las que atacan sus objetivos básicos y si se trataran de solucionar aplicando extrajurisdiccionalmente el derecho de competencia, pudieran ser ineficaces y provocar conflictos internacionales. La OMC trata de desarrollar normas comunes en materia de competencia, escu-

chando las recomendaciones de los países de la Unión Europea y de EU que son los que cuentan con mayor experiencia en materia de derecho de competencia y los que pueden frustrar cualquier intento que no legitime sus intereses.

De cualquier modo las políticas de competencia son deseables, pues pueden contribuir a la eliminación de las relaciones especiales, incluyendo el tráfico de influencias, que puedan establecerse entre un gobierno y un grupo empresarial y otras formas de corrupción. Esta puede ser garante del funcionamiento del mercado para el bien de todos, es preferible a un mercado sin leyes o autoridades que velen por las prácticas predatorias o desleales de los grandes que puedan ahogar a los débiles.

Resulta engañoso calcular los costes de la adopción de un marco multilateral sobre competencia independientemente de las ventajas potenciales que reportaría. No se trata sólo de que una evaluación cabal. Ha de tomar en consideración ambos factores y tener en cuenta también que los costes en que se incurra determinarán en gran medida la magnitud de las ventajas que se deriven del marco multilateral.

La complejidad de las relaciones sociales de producción internacionales lleva a la siguiente reflexión: si el libre comercio es libre circulación de factores en competencia perfecta, con el resultado final del equilibrio, que incluye la de bienes, servicios, inversiones, capital conocimiento y personas, y si se encuentra que la teoría profundiza en las limitaciones que existen en la realidad, y en muchas circunstancias, como en los modelos descritos, nos limitamos al análisis de la circulación de mercancías, es posible que cuando incursionemos en la práctica de definir la arquitectura de los acuerdos internacionales comerciales que se desarrollen, multilaterales (OMC) o bilaterales (TLC), encontremos que el “remedio” del “libre comercio” aparente resulta para la liberalización real de los factores peor que la enfermedad. Si, por ejemplo resultara, como es cierto, que los acuerdos sobre propiedad intelectual

alejan a los países en desarrollo de la apropiación libre del conocimiento, de la ciencia y la tecnología, de la innovación, y que la seguridad infinita a las inversiones hace a veces negativo el flujo de recursos recibidos y entregados por los países receptores de inversión extranjera, ¿por qué siempre nos proponen que cualquier acuerdo comercial es el camino correcto hacia nuestra inserción en el entorno internacional?

XIV

La cooperación en la aplicación de la legislación sobre competencia es ya un hecho a diversos niveles. A nivel multilateral, varios acuerdos de la OMC, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), tocan aspectos de las prácticas anticompetitivas de las empresas y disponen la celebración de consultas entre los Miembros afectados. A nivel regional, los enfoques de cooperación en materia de aplicación de la legislación sobre competencia se han visto alentados en el contexto de diversos acuerdos de integración regional. La Unión Europea es evidentemente el ejemplo más avanzado de este tipo de acuerdos, pero esfuerzos similares se han emprendido en el marco del TLCAN, el Mercosur y otros mecanismos. Es probablemente a nivel bilateral donde tienen lugar las formas más intensas de cooperación, con acuerdos que involucran a un número reducido de jurisdicciones con amplia experiencia en leyes y políticas de competencia y prevén notificaciones, la celebración de consultas y, en algunos pocos casos, el intercambio de información confidencial, con el objeto de facilitar la aplicación de la ley. La amplitud e intensidad viables de la cooperación internacional en la observancia de la legislación sobre competencia depende en gran medida de la

capacidad institucional, la experiencia y el grado de confianza alcanzado a lo largo del tiempo entre los países participante.

La producción de sistemas de protección de la libre competencia dentro de los procesos de integración enfrentan menos problemas de los que deberían enfrentar las legislaciones nacionales. Por ello el dilema de la competitividad debería generar menos preocupación, y con ello las necesidades de legislaciones muy restrictivas se diluyen en la propia ampliación y apertura de los mercados. Esto no implica negar la necesidad de que existan normas de libre competencia dentro de los esquemas de integración. Es sólo que estas normas deben generarse considerando la promoción de la competencia, no su limitación.

La necesidad de un Derecho mundial de la competencia es innegable, con independencia de determinar si la elaboración de un acuerdo en tal sentido está en una fase de madurez que permita su conclusión exitosa.

DOCUMENTACIÓN

ALCA: Informe sobre desarrollos y aplicación de las políticas y leyes de competencia. Grupo de Negociación sobre Política de Competencia. FTAA.ngcp/inf/04/Rev.2, 15 de enero 2003.

ALCA: Borrador de Acuerdo: Capítulo XIX Política de Competencia. Documento FTAA.TNC/w/133/Rev.3, 21 de noviembre 2003.

ALCA: Inventario de leyes y normas sobre políticas de competencia en el Hemisferio Occidental. FTAA.ngpc/inf/03/Rev.2, 22 de marzo 2002.

ALCA: Inventario de los acuerdos, tratados y otros arreglos sobre políticas de competencia existentes en el hemisferio occidental. FTAA.ngpc/inf/03/Rev.2, 22 de marzo 2002.

AMERICAN BAR ASSOCIATION: Antitrust Law Section: Report on Antitrust Policy Objectives. 2 de febrero de 2003. <http://www.abanet.org/antitrust/policy/objectives.doc>

AMERICAN BAR ASSOCIATION: Comments of the Section of Antitrust Law, American Bar Association, The Economics of Innovation: A Survey, julio de 2002.

BANCO MUNDIAL y OCDE: “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, París, 1997.

BANCO MUNDIAL: *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Washington, D.C., 2003.

BANCO MUNDIAL: “CAFTA–DR: desafíos y oportunidades para América Central”, estudio de Carlos Jaramillo y Daniel Lederman (<http://web.worldbank.org/>), 2005.

BANCO MUNDIAL, “El Salvador: creciendo en el nuevo milenio”, *Memo-rando Económico sobre el país*, Departamento de América Central, Región de América Latina y el Caribe, Washington D. C., 2003.

CEPAL: “El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad”, Santiago de Chile, CEPAL, LC/G.1801/Rev. 1–P (1994).

CEPAL: Desarrollo productivo en economías abiertas. Trigésimo período de sesiones de la CEPAL, San Juan – Puerto Rico, 28 de junio al 2 de julio de 2004. Documento LC/G.2234 (SES.30/3), 11 de junio 2004.

CEPAL: Bilateralism and Regionalism in the Aftermath of Cancún: re-establishing the Primacy of Multilateralism. Note by the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). Round Table of Executive Secretaries of the United Nations Regional Commissions at UNCTAD XI. Sao Paulo, 15 junio 2004.

CEPAL: Panorama de la Inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2002–2003. LC/G.2221–P, Santiago mayo 2004.

CEPAL: Panorama de la Inserción internacional de América Latina y el Caribe, 2001–2002. LC/G.2189–P, Santiago marzo. (Ediciones desde 1996, web DCII–CEPAL), 2003.

CEPAL: Globalización y desarrollo. Vigésimo período de sesiones, Brasilia Brasil, 6 al 10 de mayo. LC/G.2157(SES.29/3), 2002.

CEPAL: Los procesos de integración de los países de América Latina y el Caribe 2000–2001: avances, retrocesos y temas pendientes. Serie Comercio Internacional No 25, septiembre. (web DCII–CEPAL), 2002.

CEPAL: América Latina y el Caribe. Políticas para mejorar la inserción en la economía mundial. Documento LC/G.1800, abril 1995.

CEPAL: El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad. Documento LC/G.1801/Rev.1–P, Santiago, septiembre, 1994.

CEPAL: La nueva integración regional en el marco de la asociación latinoamericana de integración (ALADI). Documento LC/R.1403, 30 de junio 1994.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, DO, nº C 372, 1997.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a las restricciones verticales” (2000/ C 291/01), 2000.

COMISIÓN EUROPEA: “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado”, DO, nº C 101, 2004.

FMI: *World Economic Outlook: Interim Assessment*, diciembre de 1997.

MERCOSUR: Entendimiento sobre cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia de los estados partes del Mercosur para la aplicación de sus leyes nacionales de competencia. XXVI CMC, Puerto Iguazú 7 de julio. Documento Mercosur/CMC/DEC.No. 04/04, 2004. <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/deca04.html>.

OCDE: *Competition Assessment Toolkit*, Volume I, Version 2.0 (2010), hereafter “*Toolkit*”, disponible en línea en la página web de la OCDE, en www.oecd.org/competition/toolkit.

OCDE: *Report on Regulatory Reform*, 2 vols, París, 1997

OCDE: “Estudios económicos de la OCDE”, México 2011, OECD Publishing.[http:// dx. doi. org/10. 1787/9789264115934-es](http://dx.doi.org/10.1787/9789264115934-es).

OCDE: “Trade and competition policies: comparing objectives and methods”, *Trade Policy Issues*, 1994.

OCDE: “Trade and competition policies: options for a greater coherence”, *Trade Policy Issues*, 2001.

OCDE: *Competition and Economic Development*, París, 1991.

OCDE: *Joint Report on Trade and Competition Policies by the Committee on Competition Law and Policy and the Trade Committee*, París. 1994.

OCDE: *Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review of* (2010), disponible en línea en la página web de la OCDE, en <http://oecd.org/dataoecd/4/42/45154362.pdf>, en lo sucesivo “*Brazil Peer Review*”.

OCDE: *El Salvador – Peer Review of Competition Law and Policy* (2008), disponible en línea en la página web de la OCDE, en <http://oecd.org/dataoecd/8/49/41597078.pdf>, en lo sucesivo “*El Salvador Peer Review*”, pp.37–38. UNCTAD, *Competition Law and Policy* <<http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1>>.

OMC (RESTRICTED) WT/WGTCP/M/1, 2 de septiembre de 1997.

OMC (RESTRICTED) WT/WGTCP/W/1, 11 de junio de 1997.

OMC (RESTRICTED) WT/WGTCP/W/19, 3 de julio de 1997.

OMC (RESTRICTED) WT/WGTCP/W/33, 26 de septiembre de 1997.

OMC, “Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia” (WT/WGTCP/W/228), 1997.

OMC: “Documento de síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”, WT/WGTCP/W/80, 18 de septiembre de 1998, <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/WT/WGTCP/W80.DOC>.

OMC: “Documento de Síntesis sobre la relación de la política comercial y la política de competencia con el desarrollo y el crecimiento económico”, WT/WGTCP/W/80, 18 de septiembre de 1998.

OMC: “Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia, WT/WGTCP/W/228, 19 de mayo de 2003, <http://docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/wt/wgtcp/w228-00.doc>.

OMC: “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”, 1998.

OMC: “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”, WT/WGTCP/5, 8 de octubre de 2001.

OMC: “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General”, WT/WGTCP/6, 9 de diciembre de 2002.

OMC: “Nota de antecedentes de la Secretaría de la OMC, Disposiciones sobre cárteles intrínsecamente nocivos”, WT/WGTCP/W/209, 20 de junio de 2002.

OMC: “Nota de antecedentes de la Secretaría de la OMC, Modalidades de cooperación voluntaria”, WT/WGTCP/W/192, 28 de junio de 2002.

OMC: “Nota de antecedentes de la Secretaría de la OMC, Principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal”, WT/WGTCP/W/209, 19 de septiembre de 2002.

OMC: “Nota documental de la Secretaría de la OMC, Apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad”, WT/WGTCP/W/182, 17 de abril de 2002.

OMC: “Principios fundamentales de la OMC de trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia”, WT/WGTCP/W/114, 14 de abril de 1999, [http:// docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/wt/wgtcp/w114.doc](http://docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/wt/wgtcp/w114.doc).

OMC: “Principios fundamentales de la política de competencia”, WT/WGTCP/W/127, 7 de junio de 1999, <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/WT/WGTCP/W127.doc>.

OMC: “Reseña de la legislación nacional de los miembros en materia de competencia”, WT/WGTCP/W/128/rev.3, 27 de noviembre de 2003, <http://docsonline.wto.org/ddfdocuments/v/wt/wgtcp/w128r3.doc>.

OMC: “Special Study on Trade and Competition Policy”, *Annual Report 1997*, Ginebra, capítulo 4.

OMC: Doc WT/MIN(96)/DEC, 13 diciembre 1996.

SICA–CEPAL, *La integración centroamericana: beneficios y costos*, Centroamérica: SG–SICACEPAL, Documento síntesis, mayo, 2004.

SIECA: *Diagnóstico y propuestas sobre la política de competencia en Centroamérica*, Proyecto de apoyo a la participación de Centroamérica en el Área de Libre Comercio de las Américas (PROALCA), con el patrocinio de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Componente: Política de Competencia, 2000. http://www.sieca.org.gt/publico/Doctos_y_Publicaciones/Publicaciones/PROALCA/politica_de_competencia.htm.

UNCTAD: Multilateralism and Regionalism: The New Interface. Note by the UNCTAD secretariat, Rio de Janeiro, 8 de junio 2004.

UNCTAD: Foro sobre el multilateralismo y el regionalismo: la nueva interacción. Resumen elaborado por la secretaría de la UNCTAD. 8 de junio, Río de Janeiro, 2004.

UNCTAD: Nueva Geografía del comercio internacional: la cooperación Sur–Sur en un mundo cada vez más interdependiente. Serie de sesiones de alto nivel. 11°. Período de sesiones, Sao Paulo, 13 al 18 de junio 2004.

UNCTAD: Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de competencia y los mecanismos utilizados. Informe revisado de la Secretaría de la UNCTAD. TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2, abril 2003.

UNCTAD: Una cooperación multilateral más estrecha en políticas de competencia. Evaluación del mandato de Doha en los temas de competencia. In-

- forme Final consolidado sobre el trabajo realizado por la UNCTAD de acuerdo con la Conferencia Ministerial de la OMC llevada a cabo en Doha. Serie de la UNCTAD sobre la dimensión del desarrollo en el tema de competencia. UNCTAD/DITC/CLP/CLP/2003/1.
- UNCTAD: Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas. Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. TD/RBP/CONF/10/Rev.2, Ginebra 2000.
- UNCTAD: Examen de todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Resolución. TD/RBP/CONF.5/15, 4 de octubre 2000.
- UNCTAD: Experienced gained so far on international cooperation on competition policy issues and the mechanisms used. Revised report by the UNCTAD secretariat. Trade and Development Board. TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.1. 19 abril (web UNCTAD–Competencia), 2002.
- UNCTAD: Preparing for future multilateral trade negotiations: issues and research needs from a development perspective. Report based on issues discussed at the “Ad–hoc expert group meeting of the Secretary– General of UNCTAD”. Geneva, 21–22 September 1998. (Unedited version, 16 April 1999).
- UNCTAD: World Investment Report 1997. Transnational corporations, market structure and competition policy. UN Publication. Sales No E.97.II.D.10 UN New York and Geneva, 1997.
- UNCTAD: *Empirical Evidence of the Benefits from Applying Competition Law and Policy Principles to Economic Development in order to Attain Greater Efficiency in International Trade and Development*, Ginebra, documento TD/B/COM.2/EM/10, 1991.
- UNCTAD: *The Role of Competition Policy in Economic Reforms in Developing and Other Countries*, Ginebra, 1994.
- UNCTAD: *The Basic Objectives and Main Provisions of Competition Laws and Policies*, Study by the Secretariat, Ginebra, 1995.
- UNCTAD: “La Política de la Competencia y las Prácticas Comerciales restrictivas,” Boletín No. 20, Junta de Comercio y Desarrollo, Grupo Inter-gubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, TD/B/RBP/ INF. 36, 29 de enero de 1996.

UNCTAD: *World Investment Report: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, Ginebra, 1997.

UNCTAD: “Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados”, 2002.

UNCTAD: “Informe de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”, TD/RBP/CONF.5/16 and Corr.1, 25 a 27 septiembre de 2000. http://archive.unctad.org/sp/docs/tdrbpc_onf5d16&c1.sp.pdf.

UNCTAD: “Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Derecho y Política de la Competencia sobre su tercer período de sesiones”, TD/B/COM.2/31 y TD/B/COM.2/CLP/24, 3 de agosto de 2001.

UNCTAD: “Informe sobre las Inversiones en el Mundo, 1997”

UNCTAD: “Una cooperación multilateral más estrecha en materia de política de competencia: la dimensión del desarrollo”, Informe consolidado sobre los temas discutidos en los Seminarios Regionales Post-Doha sobre Política de Competencia realizados en Panamá, Túnez, Hong Kong y Odessa entre el 21 de marzo y el 26 de abril de 2002, 15 de mayo de 2002.

UNCTAD: *Competition Policy for Development. A report on UNCTAD capacity building and technical assistance program*, 2004.

UNCTAD: *Recent competition cases*, 2003.

UNCTAD: *Recientes casos importantes relativos a la competencia en los países en desarrollo*. Documento TB/D/COM.2/CLP/26, 18 de abril de 2002.

UNCTAD: *Recientes casos importantes relativos a la competencia en los países en desarrollo*, 2002.

UNCTAD: *World Investment Report*, 2002.

WORLD ECONOMIC FORUM: *Global Competitiveness Report 2001–2002*. Ginebra.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, F.: “Distribute Governance at the WTO–WIPO: An Envolving Model for Open–Architecture Integrated Governance”, *Journal of International Economic Law*, Bristol, vol. 3, marzo 2000, pp. 69 ss.
- Abdelgawad, W.: “Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence: vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica*”, *Rev. int. dr. écon.*, t. XV, n° 2, 2001, pp. 161–196.
- Abdelgawad, W.: *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, París, LGDJ, 2001, nos 905 ss.
- Adkisson, R.: “The Andean Group: Institutional Evolution, Intraregional Trade, and Economic Development”, *Journal of Economic Issues*, vol. 37, n° 2, 2003, pp. 371–379.
- Agafonow, A.: “Los límites de la eficiencia económica en una sociedad democrática”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 9, n° 16, 2007, pp. 89–119.
- Agosin, M.R.: “Las experiencias de liberalización comercial en América Latina: lecciones y perspectivas”, *Pensamiento Iberoamericano*, n° 21, 1992, pp. 13–29.
- Aguiló Regla, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Alfaro Águila–Real, J.: “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *Derecho de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 229, 2004, pp. 51–67.
- Allendesalazar Corcho, R.: “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia* (S. Martínez Lage y J. Petitbó, eds.), Madrid, M. Pons, 2008, pp. 17–36.

- Amin, S.: *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998.
- Anderson, R.D., y Gallini, N.T. (eds.): *Competition Policy and Intellectual Property Rights in Knowledge-Based Economy*, University of Calgary Press, 1998.
- Anderson, R. y P. Holmes, “Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System”, *Journal of International Economic Law*, vol. 5, 2002, pp. 531 ss.
- Andrianarivony, M.J.: “L’organe d’appel de l’OMC: une institution originale investie d’une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d’un droit international de la concurrence)”, *Rev. belge dr. int.*, vol. 33, 2000, pp. 276–340.
- Arhel, P.: “Droit international de la concurrence. S’orienté-t-on vers des négociations?”, *Rev. Marché Común et de l’Union Européenne*, n° 425, 1999, pp. 84 ss.
- Armengol i Gasull, O.: “Derecho de la competencia en tiempos de crisis”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 8, 2009, pp. 5–7.
- Armijo Chávarri, E.: “La propiedad industrial y el Derecho de la competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 5, 2004, pp. 205–230.
- Arpio Santacruz, J.L.: “La adopción de normas multilaterales de competencia”, *Actas de Derecho industrial y de Derecho de autor*, t. 18, 1997, pp. 1077–1086.
- Aruñada, B.: “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de la competencia”, *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia* (J.M. Beneyto, dir.), Barcelona, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 51–67.
- Aschentrupp Toledo, H. “La Organización Mundial de Comercio y los retos del intercambio multilateral”, *Comercio Exterior*, vol. 45, México, noviembre, 1995, pp. 854 ss.
- Audretsch, D.B., Baumol, W.J. y Burke, A.E.: “Competition Policy in Dynamic Markets”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, 2001, pp. 613–634.
- Avalos, B.M. y J.C. Ramirez, “International Trade and Merger Policy”, *Documento de Trabajo CIDE*, n° 280, 2003.

- Ávila Alvarez, A.M. y M.A. Díaz Mier: “El mundo de los negocios y el GATT”, *Derecho de los negocios*, nº 48, 1994, p. 18.
- Ávila, A.M., J.A. Castillo Urrutia y M.A. Díaz Mier, *Regulación del comercio internacional tras la Ronda de Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Ayala, J.: *Economía pública. Una guía para entender al Estado*, México, FE – UNAM, 1997.
- Azpiroz Garmendia, M. y G. Verhoosel: “El debate sobre el comercio y competencia en la Organización Mundial del Comercio”, *Anuario de la Competencia*, nº 1, 2000, pp. 233–258.
- Baches Opi, S.: “La internacionalización de Derecho de defensa de la competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio: el final de una utopía”, *Revista General de Derecho*, nº 654, 1999, pp. 2321–2350.
- Baches Opi, S. y F. Díez Estella, “La aplicación el derecho *antitrust* al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EE UU”, *RDM*, nº 260, 2006.
- Baldwin, R. y M. Cave: *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Balzarotti, N.: “Política de competencia internacional: cooperación, armonización y experiencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 10, 2000, pp. 3–24.
- Barandiarán E. y R. Paredes, “Protección de la competencia en Chile: *El Estado vs. Laboratorios Chile y Recalcine (1992/93)*”, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile; y Departamento de Economía, Universidad de Chile. http://www.economia.puc.cl/publicaciones/Doc.Trabajo/DT_222.pdf
- Bavasso, A.F.: “Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly Too High”, *E.C.L.R.*, 1998, pp. 243–246.
- Bellamy, C.: *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992.
- Benichi, R.: *Histoire de la mondialisation*, Paris, Vuibert, 2003.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “La formación del Derecho de la competencia”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 2, 1975, pp. 61–82.

- : “Globalización y propiedad intelectual”, *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Salamanca, ed. Univ. Salamanca, 2005, pp. 525–556.
- Bernard, E.: “L’«activite economique», un critere d’applicabilite du droit de la concurrence rebelle a la conceptualisation”, *Rev. int. dr. économ.*, t. XXXIII, 2009, 3, pp. 353–385.
- Bosch, P.: *La política de competencia, un mecanismo promotor de la democracia económica*, Informe de la Comisión Federal de Competencia 2º semestre de 96, CFC, México, 1997.
- Bodenhause, G.H.C.: *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property (BIRPI), 1968.
- Bonilla, H.: “Políticas de competencia en Centroamérica”, *Boletín latinoamericano de competencia*, n° 1, mayo, 1997, pp. 21–22. http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_1_es.pdf.
- Borrell Arque, J.R.: “Análisis económico de la competencia: lecciones de la experiencia comparada”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 243, 2006, pp. 56–76.
- Botana Agra, M.J.: “Crisis económica y Derecho de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10, 1984–1985, pp. 185–208.
- Bouzas, R.: “El nuevo regionalismo y el Área de Libre Comercio de las Américas. Un enfoque menos indulgente”, *Revista de la CEPAL*, n° 85, 2005, pp. 7–18.
- Brander, J.A.: *Government Policy Toward Business*, Toronto, Butterworths, 1992, capítulo 3.
- Braut, D.: *Droit de la concurrence comparé. Ver un ordre concurrentiel mondial?*, París, Economica, 1999.
- Braut, D.: *Droit de la concurrence comparé. Vers un ordre concurrentiel mondial?*, París, Economica, 1995.
- Bullard, A.: *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2009.
- Budzinski, O.: *The Governance and Global Competition. Competence Allocation in International Competition Policy*, Cheltenham (UK), Edward Elgal Pub. Ltd., 2008.

- Burki, S.J. y G. Perry, *Más allá de consenso de Washington. La Hora de la Reforma Institucional*, Washington, Banco Mundial, 1998.
- Cable, V.: *Globalization and Global Governance*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1999
- Cabral, L.: *Economía industrial*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Cabrera, M.C.: “La Política de Competencia de la Comunidad europea y la Comunidad Andina”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 6, pp. 49–60.
- Carlton, D.W. y J.M. Perloff: *Modern Industrial Organization*, 2ª ed., Collins, 1994.
- Carrasco Morales, E.: “Los fondos estructurales y de cohesión: objetivos y realidades”, *ICE*, n° 2633, 1999, pp. 29–37.
- Casanovas y la Rosa, O.: “Los efectos extraterritoriales de las leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 124, 1972, pp. 191–217.
- Clarke, R.: *Economía industrial*, Madrid, Celeste Ediciones, 1993.
- Coate, Bustamante & Rodríguez “Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business”, *Inter-American Law Review*, vol. 24, 1992, pp. 44 ss.
- Coloma, G.: *Defensa de la competencia*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2003.
- Combe, E.: *Les cartels et ententes*, París, PUF, 2004.
- Conde Gallego, B.: “El agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y del Derecho de la libre competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 23, 2002, pp. 43–72.
- Conde Pérez, E.: “Caricom y otros procesos de integración en el Caribe: los retos ante el siglo XXI”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. X, 2000, pp. 117–175.
- Cooper, J.L., D. O’Brien y M. Vita, “Vertical restrictions and Antitrust Policy: What About the Evidence?”, *Competition Policy International*, vol. 1, n° 2, 2005, pp. 45–63.

- Cooter, R. y Th. Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Correa, C.: “Competition Law and Development Policies”, en R. Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Berna, 1999, pp. 361 ss.
- Cottier, T. y D. Pluess, “Derecho OMC y Derechos internos: una relación difícil”, *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, Madrid, 2001 (traducción de Loella de la Cruz Iglesias), p. 88.
- Crampton, P.: “Alternative Approaches to Competition Law: Consumers' Surplus, Total Welfare and Non-Efficiency Goals”, *World Competition*, vol. 17, N° 3, 1994, pp. 55–86.
- Cristiani, J.J.: “La libre circulación de mercancías y los derechos de propiedad intelectual en el tratado de libre comercio de América del Norte”, *Ars Iuris*, México, n° 12, 1994, pp. 107 ss.
- Curiel, C.: “Privatizaciones, desregulación y competencia: un marco de análisis para el estudio de casos en América Latina y el Caribe”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, pp. 129–155.
- : “La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina” *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 18, 2004, pp. 71–83.
- Dabbah, M.M.: *International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- David, Ch. L. y K.M. Coleman, “Privatization and Public Opinion in Chile, Costa Rica, and Mexico: A Test of Alternative Models”, *International Politics*; vol. 38, n° 4, 2001, pp. 561-582.
- De León, I.: “Should We Promote Antitrust in International Trade?”, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 21, n° 2, 1997, pp. 35–63.
- : “Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economías en desarrollo”, <http://www.procompetencia.gov.ve/enfoquealternativo.html3npl>.
- : *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: the Latin American Experience*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

- De Miguel Asensio, P.: “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la seguridad*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, nº 7, 2005, pp. 47–84.
- Del Villar R. y F.J. Soto Álvarez: “Logros y dificultades de la política de competencia económica en México”, *Información Comercial Española*, nº 821, 2005, pp. 107–124.
- Demsetz, H.: *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- Diez–Canseco Núñez, J.L.: “Competencia e integración en América Latina. Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 19–24.
- Djelic, M–L.: “International Competition Network”, *Handbook of Transnational Governance : Institutions and Innovations* (T. Hale y D. Held, eds.), Cambridge, Polity, 2011, pp. 80–88.
- Drexl, J.: “Le droit de la concurrence internationale, menace ou gardien des droits de l’homme? “, *Droit économique et droits de l’homme*, L. Boy, J.B. Racine y F. Siiriainen (eds.) , Bruselas, Larcier, 2009, pp. 335–359.
- Dromi, R.: *Competencia y Monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999.
- Dutrenit Ugarte, T.: “Abuso de posición dominante”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 17, julio, 2003.
- Emberger, G. “How To Strengthen Competition Advocacy Through Competition Screening”, *Competition Policy Newsletter*, 2006, nº 1, p. 28
- Espinosa Martínez, E.E.: “La Asociación de Estados de Caribe: una nueva realidad institucional”, *Economía y Desarrollo*, vol. 126, nº 1, 2000, pp. 71–96.
- Estavillo, M.E.: “La eficiencia económica dentro de las Reformas a la LFCE y sus Implicaciones para el Análisis Económico”, en J. Roldán X. y C. Mena L. (eds.), *Competencia Económica. Estudios de Derecho, Economía y Política*, Editorial Porrúa – Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007, pp. 71–90.
- Evenett, S.J.: “Competition Advocacy: Time For A Rethink?”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26, nº 3, 2006, pp. 495 ss.

- Eyzaguirre, H.: “Políticas de competencia en países menos desarrollados”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, pp. 43–50.
- Faltlhauser, K.: “La función del Estado en la economía social de mercado”, *Economía social de mercado: coloquio peruano alemán*, Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano Alemana, 1979, pp. 254 ss.
- Farjat, G.: *Pour un droit économique*, París, PUF, 2004.
- Fernández Ordóñez, M.A.: *La competencia*, Madrid, Alianza, 2000.
- Fernández Nóvoa, C.: “Caso 85/76, Hoffmann–La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979: Significación y delimitación del mercado relevante”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol.6, 1979–1980, pp. 261–276.
- : “La fijación horizontal de precios”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 10, 1984–1985, pp. 169–184.
- : “Un hito en la historia del Derecho de la competencia: centenario de la *Sherman Act*”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 13, 1989–1990, pp. 675–680.
- Fernández Rozas, J.C.: *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001.
- : *Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 2010.
- : “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945–2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010pp. 197–236.
- Fernández–Carnicero González, C.J.: “La libre competencia en España. Derecho europeo y economía de mercado”, *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)*, Ministerio de Justicia, XVIII Jornadas de Estudio, 1999, pp. 457–468.
- Ferrari, C.: “Apertura ALCA y economía andina”, *Revista Javeriana*, Bogotá, vol. 139, junio 2003, pp. 31 ss.
- Fix–Zamudio H.: *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 1997.

- Flory, T. y E. Canal-Forgues (dir.), *GATT-OMC Recueil des contentieux*, Bruselas, Bruylant, 2001.
- Font Galarza, A.: “Concentraciones y empresas en participación en la nueva economía”, *Derecho de la competencia europea y español*, vol. 1, 1999, pp. 327–338.
- Fox, E.: “Extraterritoriality and Antitrust— is Reasonableness the Answer?”, en B. Hawk (ed), *US and Common Market Antitrust Policies*, Nueva York, Matthew Bender, 1987, pp. 51 ss.
- : “Toward World Antitrust and Market Access,” *Am. J. Int’l L.*, vol. 91, nº 1, 1997, pp. 1–25.
- : “Competition Law and the Millennium Round”, *Journal of International Economic Law*, vol. 2, nº 4, 1999, pp. 659–665.
- Fox, E. y J.A. Ordover, “The Harmonization of Competition and Trade Law – The case for modest linkages of law and the limits to parochial state action”, *Competition Policy in the Global Economy – Modalities for Cooperation* (L. Waverman, W. S. Comanorand y A. Goto, eds), Londres, Routledge, 1997, pp. 407 ss.
- Friedel, E.: *Extraterritorialité du droit de la concurrence au Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, París, LGDJ, 1994.
- Frisch Phillip, W.: *Competencia desleal*, 2ª ed., México, Ed. Oxford-Harla, 1996.
- Frischtak, C. (ed.): *Competition Policies for Industrializing Countries*, The World Bank, 1989, Washington DC.
- Gal, M.S.: *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press, marzo 2003.
- Galán Corona, E.: “La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 2, 1975, pp. 291–346.
- Gamble, A. y A. Payne, “Conclusion: The New Regionalism”, en A. Gamble y A. Payne (eds.), *Regionalism and World Order*, Londres, McMillan Press, 1996, p. 253.
- García Alonso, J.A.: “Prácticas concertadas (*conspiracies*) en el Derecho antitrust”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 71–92.

- García Bercero, I.: “Comercio y competencia”, *Información Comercial Española*, nº 785, 2000, pp. 27 ss.
- García Vázquez, S.: “La franquicia y el Derecho de la competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 113–140.
- Garmendia, E.: “Las hipótesis puestas a prueba: la Comunidad Andina”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 88–99.
- Geiger, A. y W. von Meibom, “Un Derecho de la competencia a nivel mundial como última ratio”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 221, 2002, pp. 34–44.
- Gharari, H.: “Le droit de las concurrence dans la jurisprudence de l’organe de règlement des différends de l’OMC”, *Mundialisation et droit de la concurrence : les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques concurrentielles et des opérations de concentration* (W. Abdelquawad, ed.), Berna, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 289–324.
- Giner Parreño, C.A.: “Algunas claves de las actividades del grupo de trabajo de la OMC sobre interacción entre el comercio y la política de competencia”, *Anuario de competencia*, 1998, pp. 241–258.
- Goicoechea, P.: “El tratamiento de las transacciones interrelacionadas en el marco de control de concentraciones”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 246, 2006, pp. 53–62
- Gómez Pomar, F.: “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia”, *Indret*, nº 1, 2003.
- González Díaz, F.E.: “Las nuevas directrices sobre concentraciones horizontales en Estados Unidos”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 20, 2011, pp. 5–8.
- González Fernández, M^a B.: “El intercambio de información entre empresas y la libre competencia”, *Estudios de Derecho de la Competencia*, Madrid, Marcial Pons, , 2005, pp. 363–369.
- González-Páramo Rodríguez, A.: “Proceso de reforma de la política sobre restricciones verticales a la competencia: el libro verde y sus consecuencias”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 93–112.
- Graham, E.M.: “Política de competencia en la zona de libre comercio de América del norte ¿un vaso medio lleno o totalmente vacío?”, *Políticas*

- de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 80–87.
- : “Trade, competition and the WTO agenda”, *The WTO after Seattle*, USA, Institute for International Economics, 2000.
- Griffin, J.: “Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Law”, *Antitrust L.J.*, vol. 67, 2000.
- Guindos Jurado, L. de: “Concentración empresarial, globalización y competencia”, *Anuario de competencia*, 1999, pp. 57–78.
- Guzmán, A.: “Is international Antitrust Possible?”, *New York University Law Review*, vol 73, nº 5, November 1998.
- : “International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003, pp. 933 ss.
- : “The Case for International Antitrust”, *Boalt Working Papers in Public Law*, 2003/10 (<http://repositories.cdlib.org/boaltwp/10>), p. 6 ss.
- Ham, A.: “International Cooperation in the Anti–Trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities”, *CML Rev.*, vol. 30, 1993, 571 ss.
- Hawk, B.E.: *International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, Juris Publishing, 1999.
- Heinemann, A.: “Intellectual Property Rights and Competition Policy – The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition”, en R. Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Berna, 1999, pp. 299 ss.
- Heinemann, A.: “La nécessité d’un droit mondial de la concurrence”, *Revue internationale de droit économique*, t. XVIII, nº 3, 2004, pp. 293–324.
- Herdegen, M.: *Derecho económico internacional*, Madrid, Civitas, 2005.
- Hergera, A. y A. Petibó: “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2000, pp. 53–78
- Herrero Suárez, C.: “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 23, 2002, pp. 113–145.

- : “Libre competencia y propiedad intelectual”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 6, 2005, pp. 59–107.
- Hoekman, B. y P. Holmes: “Competition Policy, Developing Countries and the WTO,” *The World Economy*, vol. 22, 1999, pp. 875–893.
- Hoekman, B. y P.C. Mavroidis, “Competition, Competition Policy and the GATT,” *World Economy*, vol. 17, 1994, pp. 121–150.
- Hoekman, B.: “Competition Policy and the Global Trading System,” *The World Economy*, vol. 20, 1997, pp. 383–406.
- Hollman, H.M. y W.E. Kovacic, “The International Competition Network; Its Past Current and Future Rules”, *Minnesota Journal of International Law*; vol. 20, n° 2, 2011, pp. 274–323.
- Holmes, P.: “Trade, Competition and the WTO”, *Development, trade and the WTO*, The World Bank, 2002.
- Hope, E. y P. Maeleng, *Competition and Trade Policies: Coherence or Conflict?*, Londres Nueva York, Routledge Studies in the Modern World Economy, 1998.
- Huerta Arribas, E.: “Política de competencia e integración de mercados en la Unión Europea”, *Papeles de Economía Española*, n° 63, 1995, pp. 324–334.
- Ibarra Pardo, G.: “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones”, *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V*, colección Seminarios, n° 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – Javegraf, Bogotá, 2004, PP. 17–19.
- : *Regimenes de competencia y políticas de competencia en América Latina*, Bogotá, CEDEC, ed. Javegraf, 2004.
- Idot, L.: “Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations”, *Revue internationale de droit économique*, vol. 16, n° 2–3, 2002, pp. 175–205.
- : *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruselas, Bruylant, 2004.
- Jackson, J.H.: “Alternative Approach Implementing Competition Law Rules in International Economic Relations”, *Aussenwirtschaft*, 1994, pp. 177 ss

- Jenny, F.: “Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades”, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, nº 61, 2006, pp. 40–55.
- Jourdain–Fortier, C. e I. Moine–Dupuis: “Mondialisation, droit de la concurrence et protectin de la santé: l’exemple des produits pharmaceutiques”, *Mundialisation et droit de la concurrence les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques concurrentielles et des opérations de concentration* (W. Abdelquawad, ed.), Berna, Helbing Lichtenhahn, 2008, 439–460.
- Junckerstorff, K.: *Le principe général du droit international de la concurrence commerciale envisagé au point de vue dynamique*, París, Pedone, 1939.
- Kennedy, K.: *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, Londres 2001.
- Keskin, AC.: *Pour un nouveau droit international de la concurrence*, París, Harmattan, 2009.
- Khemani, R.S. y M.A. Dutz, “The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development”, en C.R. Frischtak (ed.), *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*, Banco Mundial. 1995.
- Kintner, E.W., M.R. Joelson y P.J. Vaghi: “Groping for a Truly International Antitrust Law”, *Va. J. Int’l. Law*, vol. 14, 1973, pp. 75 ss.
- Kiriiazis, G.: *Competition Policy Newsletter. Timber lane Lumber Vs. Bank of America.*,
- Kovacic, W.: “Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy”, <http://www.ftc.gov/speeches/other/031210kovacic.pdf>.
- Kovar, R.: “Droit communautaire de la concurrence et droit international”, *Cahiers dr eur.*, 1986, nº 2. 1986, pp. 127–150.
- Krugman, P.: *Una política comercial estratégica para la nueva economía internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- Kuczynsky, P.P. y J. Williamson, *Después del Consenso de Washington*, Lima, Centro de Información de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2003.

- Kuyper, P.J.: “European Community Law and Extraterritoriality: Some Trends and New Developments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pp. 1013–1021.
- Lagos, E.: “Algunas tendencias del Derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. V, 2005, pp. 309 ss.
- Landes, W.M. y R. A. Posner (1981) “Power in Antitrust Cases”, *Harvard L. Rev.*, vol. 94, 1981, pp. 937 ss.
- Lasheras, M.A.: *La regulación económica de los servicios públicos*, Barcelona, Ariel, 1999.
- Lawrence, R.: *Regionalism, Multilateralism and Deeper Integration*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1996.
- Lence Reija, C.: “El permanente conflicto entre propiedad industrial y libre competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 26, 2005–2006, pp. 247–262.
- : “El abuso de posición dominante en los derechos de propiedad intelectual: licencias obligatorias como remedio”, *Anuario de competencia*, 2006, pp. 265–288.
- Lesguillons, H.: “Le règlement des différends de l’OMC et droit de la concurrence”, *Regards croisés sur le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce*, Bruselas, Bruylant, 2009, pp. 69–82.
- Levinsohn, J.: “Competition Policy and International Trade”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, nº 3, agosto de 1995.
- Ligneul, N.: “Droit international de la concurrence: plaidoyer pour une approche intégrée et progressive”, *Rev. du Marché Commun et de l’Union européenne*; nº. 430, 1999, pp. 458–463.
- : *L’élaboration d’un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Bruselas, Bruylant, 2001.
- Lima Assafin, J.M.: “Fármacos e libre competencia”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 21, 2000, pp. 1247–1250.
- Lorca Morales, T.: “El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta donde es posible llegar sin incurrir en una infracción

- del Derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 18, 2010, pp. 60–74.
- Lowe, P.: “How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices” pronunciado ante la “American Bar Association”, llevada a cabo en Bruselas el 16 de Octubre de 2003. http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html.
- Luengo Hernández de Madrid, G.E.: “El concepto de subvención en la OMC: comparación con el sistema europeo de ayudas a raíz del caso de las empresas de venta en el extranjero”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 349–406.
- Machado, J.B.M. y C.M. Salazar Pessoa: “Política de competencia. Marcos teóricos, gestión en espacios económicos integrados y desafíos para el Mercosur”, *Integración & Comercio*, nº 10, 2000, pp. 91–112.
- Maher, I.: “Competition Law in International Domain: Networks as a New Form of Governance”, *Journal of Law and Society*, vol. 29, 2002, pp. 111–136.
- Maitre, G. y H. Muir Watt: *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005.
- Malloy, R.P.: *Derecho y economía de mercado*, Madrid, M. Pons, 2007.
- Mann, F.A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, t. 111 (1964–1).
- Marcos, F.: “¿Una política de competencia para la República de Ecuador?”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 21, 2006, pp. 92–102.
- Marques Mendes, M.: *Antitrust in a World of Interrelated Economies*, Université de Bruxelles, 1991.
- Marsden, Ph.: *A Competition Policy for the World Trade Organisation*, Londres, 2001.
- Martín Laborda, A.R.: *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, Ed. La Ley, 2001.
- Martín Rodríguez, P.J.: *Las salvaguardias en la Organización Mundial de Comercio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- Martínez, G.A.: “El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 14, abril, 2002.
- Martínez Lage, S. y J. Petitbó (eds.): *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, M. Pons, 2008.
- Mattoo, A: “Can no Competition Policy be Better than some Competition Policy?”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, n°s 1–2, 2001, pp. 55–77.
- Mavrodís, P.C. y Van Siclen, S.J.: “The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues”, *JWT*, vol. 31, 1997, pp. 5 ss.
- McKinney, J.A.: “Created from NAFTA”, *The Structure, Function, and Significance of the Treaty’s Related Institutions*, Nueva York y Londres, M.E. Sharpe, 2000, 244 pp.
- McMahon, K.: “Developing Countries and International Competition Law and Policy”, *International Economic Law, Globalization and Developing Countries* (J. Faundez y C. Tan, eds.), Cheltenham, Elgar, 2010, pp. 252–282.
- McNeil, J.: “Extraterritorial Antitrust Jurisdiction: Continuing the Confusion in Policy, Law and Jurisdiction”, *Cal.W. Int’l.L. J.*, vol. 28, 1998, pp. 425 ss.
- Meese, A.J.: “Market Failure and Non–Standard Contracting: how the Ghost of Perfect Competition still haunts Antitrust”, *Journal of Competition Law & Economics*; vol. 1, n° 1, 2005, pp. 21–95.
- Melián Vega, J.: “Métodos de la ciencia jurídica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 8–9, 2003–2004, pp. 177–188.
- Méndez Reátegui, R.: “La eficiencia económica en el Derecho administrativo. Contrastes entre el enfoque neoinstitucional y neoclásico”, *Revista Jurídica del Perú*, n° 84, 2008.
- Meng, W.: “Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, 1987, pp. 155–162.
- Messerlin, P.: “Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?,” *Aussenwirtschaft*, vol. 49, 1994, pp. 351–374.

- Mina, G. y P. Gibbons: "Trade and Competitiion", *International Trade Research Paper Series*, Australian Government Publishing Service, 1995.
- Miranda Londoño, A.: "El derecho de la competencia en Colombia", *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, Librería del Profesional, pp. 52–70.
- : *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del Derecho comparado*, 2ª ed., Bogotá, Colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javegraf, 1997,
- : "Developments and Perspectives in Colombian Competition Law", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 21, 2006, pp. 80–82
- Misas, G.: "Comentarios a la ponencia: propiedad intelectual y patentes", *Revista Nacional de Agricultura*, Bogotá, n° 897, diciembre 1991, pp. 205 ss.
- Moguillansky, G. y V. Silva, *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*, Santiago de Chile, CEPAL, Serie comercio internacional, 2004.
- Mollet, M.: "La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC", *Colección de estudios económicos*, Barcelona, n° 24, p. 231.
- Montañá Mora, M.: "El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda de Uruguay", *Derecho de los negocios*, n° 74, 1996, pp. 12–25.
- : "La OMC y el Derecho de la competencia ¿Hacia un Derecho de la competencia mundial?", *GJUE*, n° 200, 1999, pp. 67–80.
- Monti, M.: "La nueva política europea de la competencia", *Política Exterior*, vol. 14, n° 75, 2000, pp. 127–138.
- Naím, M. y J. S. Tulchin: *Competition Policy, Deregulation, and Modernization in Latin America*, Lynne Rienner Publishers, USA, 1999.
- Navarro Suay, Mª C.: "La promulgación de la *Sherman Act*: factores históricos, económicos y legislativos", *RDM*, n° 253, julio–sept., 2004
- Neale, A. D.: *The Antitrust Laws of the United States of America*, 2ª ed. ed., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1970.
- Neven, D.J.: "Competition economics and antitrust in Europe", *Economic Policy*, n° 21, 2006, pp. 741–791.

- Nicolaidis, P.: “For a World Competition Authority: The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocs in Internationalizing Policy”, *JWT*, vol. 30, n° 4, 1996, pp. 131–145.
- Nocolaidis, Ph.: “Política de competencia en el proceso de integración económica: análisis de los límites y de las formas de cooperación”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 3–18.
- Noonan, C.: *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Okiemi, B. “La OMC face à la problématique d’institution d’un droit international de la concurrence”, *L’Organisation Mondiale du Commerce: vers un droit mondial du commerce?*, WTO, 2001, pp. 61–86.
- Olivera, J.: *Derecho económico*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1980.
- O’Neal Taylor, C.: “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *Vanderbilt J. of Transn’l L.*, n. 30, 1997, pp. 209–348.
- Orozco, C.: “Marco Legal para la Promoción de la Competencia en Derecho comparado y en Colombia”, *Planeación & Desarrollo*, vol. XXIV, n° 2, mayo–agosto de 1993, pp. 131 ss.
- Ortiz Blanco, L.: “La autoridad española de defensa de la competencia ¿autoridad única o dual?”, *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea* (S. Martínez Lage y A. Petitbò, coors.), Madrid, M. Pons, 2005 pp. 349–365
- Ortiz Blanco, L., J. Maíllo González–Orús, P. Ibáñez Colomo y A. Lamadrid de Pablo, *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.
- Otero García–Castrillón, C.: “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 212, 2001, pp. 34–56.
- Otero Lastres, J.M. “Libre competencia y competencia desleal”, *Abogados*, junio 2007, pp. 36–38.
- Padrós y Reig, C.: “Fijación de precios, autorregulación y defensa de la competencia”, *Anuario de Competencia*, 1998, pp. 303–320.

- Palacios Blasco, T.: “Cooperación internacional en política de competencia”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 407–430.
- Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2004, pp. 51–68.
- Pascual y Vicente, J.: “El abuso de la posición de dominio”, *RDM*, 2002.
- Pascual y Vicente, J.: “Resumen de fundamentos y limitaciones de la defensa pública de la competencia”, *Gaceta Jurídica UE*, nº 224, 2003, pp. 10–31.
- Peña, J.: “Competition Policies in Latin America Post–Washington Consensus”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 21, 2006, pp. 3 ss.
- Pérez Beviá, J.A.: “La aplicación extraterritorial del Derecho comunitario europeo de la competencia (A propósito de la sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988)”, *La Ley (Comunidades Europeas)*, núm. 64, 29 de abril de 1991, pp. 1–8.
- Pérez Motta, E.: “The Role of the International Competition Network (ICN) in the Promotion of Competition in developing Countries: The Case of Mexico”, *The International Competition Network at ten: Origins, Accomplishments and Aspirations* (P. Lugard, ed.), Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 217–236.
- Pereznieto, L. y R. Guerrero. *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002.
- Petersmann, E.U.: “International Competition Rules for Governments and Private Business”, *JWT*, vol. 30, nº 3, 1996, pp. 5–35.
- Petitbò, A.: “Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de funciones”, *Anuario de la competencia*, 2001, pp. 45–75.
- Plaisant, R.: “L’Organisation internationale du commerce”, *Rev. gen. dr. int. pub.*, 1950, pp. 161–224.
- Polinsky, M.: *Introducción al análisis económico del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1985.

- Pons, J-F.: "Is It Time for an International Agreement on Antitrust ?", en J. Drexel (ed.), *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, Berna, 2003, pp. 349 ss.
- Popper, K.R.: *La lógica de la investigación científica*, Barcelona, Círculo de Lectores; 1995.
- Posner, R.A.: *Economic Analysis of Law*, 6ª ed., Aspen Publishers, 2003.
- Prat, C.: "Marcas y Derecho de la competencia: una perspectiva quizás práctica", *Anuario de competencia*, 2001, pp. 387–426.
- Preusse, H.G.: *The New American Regionalism*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, 2004, p. 75.
- Prieto Kessler, E.: "Principales problemas de la regulación del abuso de la posición de dominio", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea de la competencia*, enero–febrero, 2000.
- Prieto, E.: "La política de defensa de la competencia en la Unión Europea", *ICE*, nº 820, 2005, pp. 99–110
- Pueyo Abardía, S. y M.A. Díaz Mier: "Política comercial y política de competencia en el sistema comercial mundial", *Análisis Económico*, nº 39, vol. XVIII, tercer cuatrimestre de 2003, pp. 5 ss.
- Quaglia, M.: "La posición dominante en el mercado y la defensa de la competencia", *Boletín Latinoamericano de Competencia*, nº 22, noviembre de 2006.
- Ramírez Gómez, J.F.: "Marcas y Patentes: la Convención con Francia de 1901 sobre Propiedad Industrial", *Doctrinas Jurídicas*, Bogotá, vol. 9, mayo–junio 2002, p. 246.
- Ramírez Hernández, F.: *La política de competencia y el proceso de regulación en México (1993–1999)*, México, 2007.
- Reich, A.: "The WTO as a Law–Harmonizing Institution", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 25, 2004, pp. 339 ss.
- Remiro Brotóns, A.: "Universalismo, Multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional", *REDI*, vol. LI, n. 1, enero–junio 1999, pp. 11–57.

- Rengifo García, E.: “Proyecto contra la falsificación de productos y la usurpación de marcas”, *Revista ANDI*, Medellín, n° 156, enero – febrero 1999, pp. 51–54.
- Richardson, J.D.: “The Coming Competition Policy Agenda in the WTO”, *Launching new global trade talks: an action agenda*, Institute for International, 1998.
- Rigaux, F.: “Existe-t-il un droit international de la concurrence”, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 569–581.
- Rodrigo, F.: “Para entender la OMC y la Ronda de Doha”, *Economía exterior*, n° 37, 2006, pp. 28–38.
- Rodríguez, A.E.: *The Limits of Competition Policy: the Shortcoming of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- Roll, E.: *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984
- Röller, L.-H.: “Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe”, *Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies* (P.A.G. van Betgeijk y E. Kloosterhuis, eds.), Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA), E. Elgar, 2005.
- Romano, F.: *Mondialisation des politiques de concurrence*, París, 2003.
- Roth, P.M.: “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interest”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 245–286.
- Ruiz Calzado, X.: “Posición dominante colectiva y control de concentraciones”, *Anuario de competencia*, 1998, pp. 335–354.
- Salah, M.M.: “La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l’ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation”, *Rev. int. dr. économ.*, pp. 251–302. n° 29.
- Salvador, R.: “El Derecho de la competencia como instrumento para facilitar la comercialización de los medicamentos genéricos”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 232, 2004, pp. 85–91.
- Samie, N.: “The Doctrine of ‘Effects’ and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws”, *Lawyer of Americas*, vol. 14, n° 1, 1982, pp. 23–59.

- Sánchez Ugarte, F.: *La política de competencia en el desarrollo económico*, Serie Documentos de la Comisión Federal de Competencia, México, 2002.
- Sancho Villa, D.: “Disposiciones generales y principios básicos del ADPIC”, *Pe.i. Revista de propiedad intelectual*, n° 5, 2000, pp. 65–88.
- Scherer, F.M. y D. Ross: “Industrial Market Structure And Economic Performance” Chapter 2: *The Welfare Economics Of Competition And Monopoly*. Houghton–Mifflin, Boston 1990.
- Scherer, F.M.: *Competition Policies for an Integrated World Economy*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1996.
- Schmalensee, R.: “Another Look at Market Power”, *Harvard L. Rev.*, vol. 95, 1982, pp. 1789 ss.
- Schott, J.: *The WTO after Seattle*, Washington, Institute for International, 2000.
- Schwartz Girón, P.: “Competencia perfecta o libre competencia”, *Economía y Derecho ante el siglo XXI*, 2001, pp. 239–251.
- Shelton, J.: “Deregulation, Demonopolization and Privatization : How to Ensure Consistency with Competition”, en UNCTAD, *The Role of Competition Policy for Development in Globalizing World Markets*, Ginebra, 1999, pp. 27 ss.
- Shelton, J.R.: “Competition Policy: What Chance for International Rules?”, *Anuario de competencia*, 1998, pp. 567–580.
- Shumpeter, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Folio, 1996.
- Silva, V.: *Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales en América Latina y el Caribe (ALC)*, Santiago de Chile, CEPAL, Serie comercio internacional n° 49, 2005.
- Siroën, J.M.: “Les politiques de la concurrence dans une économie mondialisée”, Atelier de réflexion sur la concurrence organisé par el DGGRF (Ministère des Finances): “Peut-il exister un droit de la concurrence multilatéral ?”, *Rev. Con. Consomm*, n° 93, 1996, pp. 27 ss.
- Smith, A.: “Competencia imperfecta y comercio internacional”, *ICE*, n° 725, 1994, pp. 33–45.

- : “Bringing Down Private Trade Barriers – An Assessment of the United States' Unilateral Options: Section 301 of the 1974 Trade Act and Extra-territorial Application of U.S. Antitrust Law”, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 16, 1994–1995, pp. 241 ss.
- Sokol, D.D.: “Limiting Anticompetitive Government Interventions That Benefit Special Interests”, *George Mason L. Rev.*, vol. 17, 119. 2009, pp. 144 ss.
- Solana González, G.: “Administraciones públicas y Derecho de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2001, pp. 39–52.
- : “Comentarios sobre iniciativas recientes de cooperación institucional a nivel internacional en el campo de la defensa de la competencia”, *Anuario de competencia*, 2002, pp. 27–38.
- : “Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones: aplicación práctica”, *Anuario de competencia*, 2001, pp. 25–44.
- Soler Vera, A. y Fernández Pérez, M.: “La promoción de la competencia”, *Anuario de la competencia*, 2006, pp. 101–128.
- Souty, F.: *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, París, PUF, 1995.
- Spota, G.: “Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n° 5, 1998, pp. 40–42.
- Stiglitz, J.: *La economía del sector público*, Brcelona, Bosch, 2000.
- : *Globalization and its Discontents*, W. W. Norton & Company, 2002
- Sweeney, B.: “International Competition Law and Policy: A Work in Progress”, *Melb.J. Int'l L.*, vol. 10, n° 1, 2009, pp. 58–68.
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2009/7.html>.
- Sylvester Fleming, P.: “El Derecho de la competencia en la OMC: inventario y perspectiva”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 244, 2006, pp. 84–102.
- Teijelo Casanova, “C.: La Ronda de Uruguay. Cuatro años de negociaciones comerciales multilaterales”, *ICE*, n° 684–685, 1990, pp. 57–70.
- Ten Kate, A.: “El ajuste estructural de México: dos historias diferentes”, *Comercio Exterior*, vol. 42, n° 6, Junio de 1992, pp. 519 ss.

- Tijerina, A., “Experiencias con la desregulación de la industria aérea: perspectivas para México”, CADE, México, mayo de 2000.
- Tineo, L.: “Políticas de competencia en la construcción del Área de Libre Comercio de las Américas”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 70–79.
- Tita, A.: “Globalization: A New Political and Economic Space Requiring Supranational Governance”, *JWT*, vol. 32, 3, 1998, pp. 47–55.
- Torres Carlos, M.R.: “Normas sobre libre competencia, competencia desleal y publicidad comercial en Perú”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 19, 1998, pp. 1205–1222.
- Tovar, L. R.: *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, D. F. ITAM y Porrúa, 2000.
- Uribe Piedrahita, C.A.: “Reforma a la normativa de libre competencia en Colombia: pretensión de modernización y un largo camino por recorrer”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 29, 2008–2009, pp. 757–772.
- Urquiza Royo, S.: “El oligopolio y la posición dominante colectiva”, *Derecho de la competencia europeo y español*, vol. 3, 1999, pp. 225–240.
- Velasco San Pedro, L.A.: “Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n° 6, 2010, pp. 13–36.
- Veliz, C.: *La tradición centralista en América Latina*, Madrid, Ariel, 1980.
- Vickers, J. y G. Yarrow, *Un análisis económico de la privatización*, México, FCE, 1994.
- Villareal, L.: *Las Reformas legislativas para el Libre Comercio*, México, Editorial Pac. , 1995.
- Villarreal, R. y R. Ramos de Villarreal, “La apertura de México y la paradoja de la competitividad: hacia un modelo de competitividad sistémica”, *Comercio Exterior*, vol. 51, n° 9, Septiembre de 2001, pp. 772–788.
- Warner, M.A.A.: “Reglas de competencia multilateral: interacción entre políticas comerciales y de competencia”, *Políticas de competencia e integración. Opciones y necesidades*, Centro de Formación para la integración regional, DT/ 24/1997, pp. 56–69.

- Watal, J.: *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer law International, 2001.
- Waverman, L., W. Comanor y A. Goto (eds.): *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, Londres, Routledge, 1997.
- Weiss, F.: “From World Trade Law to World Competition law”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 23, 2000, pp. 250 ss.
- Winslow, T.: *Competition Law and Policy in Chile: A peer review*, OECD – BID, enero 2004.
- Witker, J.: *Derecho de la competencia en América: Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Santiago de Chile, Ed. FCE, 2000.
- : *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, México, Ed. Porrúa, 2003.
- Wöss W, H.: “El nuevo orden económico mundial y la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 203–204, 1995, pp. 131–139.
- Zoido M.E. e I. Gutiérrez: “Cárteles; análisis y valoración de sus efectos”, *Anuario de competencia*, 2003, pp. 207–230