

**LOS CARTELES Y EL DERECHO DE COMPETENCIA  
EN LAS AMÉRICAS: CARTELES *HARD CORE*  
Y CARTELES EXPORTADORES**

(presentado por el doctor Jonathan T. Fried)

**I. Antecedentes**

La evolución del tratamiento del tema de las leyes de competencia en las Américas aparece adecuadamente resumida en el documento de la Secretaría OEA/SG DDI/doc.03/02 del 13 de junio de 2002. Tal como consta en el mismo, el Comité Jurídico, durante el 60º período ordinario de sesiones, reconsideró varios aspectos levantados en los documentos CJI/doc.23/00, *Elementos para una propuesta de incluir “Derecho de Competencia” como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano*, y el documento CJI/doc.78/01, *Reglas internacionales de defensa de la competencia*. Siguiendo la recomendación del co-relator, el doctor João Grandino Rodas, el Comité Jurídico decidió que el área de los carteles constituía un enfoque apropiado para llevar adelante los estudios.

Durante su 32º período ordinario de sesiones (Barbados, junio de 2002), la Asamblea General adoptó la resolución AG/RES.1844 (XXXII-O/02), por medio de la cual renovaba su pedido a la Comisión Jurídica Interamericana, a fin de continuar su estudio relativo al tema del derecho de competencia y los varios tipos de proteccionismo en las Américas, e incluir los resultados de dichos estudios en su próximo informe anual, teniendo en cuenta el trabajo ya llevado a cabo por la OEA y por otras instituciones internacionales.

Este informe, preparado merced a la capacitada tarea investigativa y a la ayuda en su preparación de la Sra. Mary-Ellen Cavett, consejera de la División de Derecho Comercial del Departamento de Relaciones Exteriores y de Comercio Internacional del Canadá, brinda un panorama de los recientes avances en varios foros internacionales con relación a los carteles y propone que, a la luz del sustancial trabajo ya en curso, incluyendo en particular en el contexto de las negociaciones propuestas de la Asociación de Libre Comercio de las Américas, el Comité Jurídico Interamericano concluya la tarea que ha iniciado sobre el tema, y al mismo tiempo indique su deseo de responder a solicitudes de ayuda provenientes de otros órganos de la Organización.

**II. Perspectiva general**

Varias organizaciones internacionales han discutido recientemente las prácticas anticompetitivas y los efectos de los carteles internacionales que causan distorsión en el comercio. Algunas de estas organizaciones están ahora comenzando a considerar si los carteles exportadores producen distorsiones en el comercio.

***1. ¿Qué son los Carteles Exportadores?***

Un cartel es una forma de comportamiento coordinado entre firmas que de otra manera serían competidoras.<sup>1</sup> Los carteles se dividen generalmente en dos categorías:

---

<sup>1</sup> Un “cartel” puede definirse como los acuerdos entre firmas que de otra manera serían competidoras entre sí, y que tiene el objeto de fijar precios, reducir la producción o adjudicar los mercados o que incluyen la sumisión de oferentes que actúan en colusión. Ver OMC. *Provisions on Hardcore Cartels: Background Note by the Secretariat* (“Background Note”), WT/WGTCP/W/191, del 20 de junio de 2002, en §3.

Carteles *hard core* (“intrínsecamente nocivos” o de “núcleo duro”) involucrados en la fijación de precios, restricciones a la producción, división de mercado, adjudicación de clientes y comisión de fraude en las licitaciones, con lo cual se espera reducir o eliminar la competencia;<sup>2</sup> y carteles que podrán no ser significativamente perjudiciales a la competencia, pudiendo ser pro-competitivos, o producir efectos benéficos superan sus efectos anticompetitivos. Esta categoría de carteles podría incluir la investigación y el desarrollo y la especialización de acuerdos de racionalización.<sup>3</sup>

Los carteles *hard core* (o intrínsecamente nocivos) pueden también incluir a los carteles importadores y exportadores. Los carteles importadores tienen como finalidad regular el precio u otras condiciones de bienes y servicios que se importan en los mercados domésticos de las firmas participantes. Por ejemplo, un cartel importador puede manipular la demanda y los precios de los productos cruciales, tal como los recursos de *commodities*.

Los carteles exportadores constituyen acuerdos cooperativos entre las firmas que tratan de comercializar sus bienes y servicios en el exterior, ingresar a nuevos mercados, expandir su participación en los mercados ya existentes, o fijar los precios de los productos en los mercados de exportación.<sup>4</sup> Los carteles exportadores varían en alcance y composición. Los carteles exportadores puros se dirigen exclusivamente a los mercados extranjeros mientras que los carteles exportadores mixtos pueden restringir la competencia en el mercado doméstico del país exportador así como en los mercados foráneos. Los carteles exportadores nacionales consisten de proveedores de un país, mientras que los carteles exportadores internacionales están compuestos de proveedores oriundos de varios países.<sup>5</sup> Finalmente, un cartel exportador puede ser privado (es decir, las firmas que lo componen son independientes del gobierno) o público (el cartel ha sido establecido y es operado por el gobierno).

Los carteles *hard core* internacionales generalmente fijan los precios, los productos u otros elementos de la competencia dentro de inúmeros mercados nacionales, incluyendo frecuentemente a los propios países de las firmas participantes; en contraste, los carteles exportadores pueden desarrollar las mismas actividades en los mercados exportadores, y no en sus mercados domésticos. Además, los carteles exportadores están eximidos de las leyes de competencia nacional de muchos países (en algunos casos bajo la condición de efectuar su registro público) mientras que los carteles *hard core* son frecuentemente

---

<sup>2</sup> La OCDE define al cartel “hard core” como un “acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o un acuerdo anticompetitivo de los competidores con la finalidad de fijar precios, efectuar ofertas fraudulentas (oferentes que actúan en colusión), establecer restricciones para la producción o cuotas, o compartir o dividir los mercados asignándose los clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. Ver OCDE. *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (“OECD Recommendation”), C (98)35/Final, del 13 de mayo de 1998, en §2.

<sup>3</sup> Bureau de la Competencia (Canadá). *Options for the Internationalization of Competition Policy: Defining Canadian Interests* en p. 13. Este documento está disponible en la Internet en <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01519e.html>.

<sup>4</sup> Un cartel de exportación puede no necesariamente adjudicarse porciones del Mercado o fijar precios, pero puede limitar sus acciones a la promoción y al mercadeo. Ver EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. y SUSLOW, Valerie Y. *International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s*, in: *The World Economy*, v. 24, n. 9 (septiembre 2001), p. 1221-1245, fn. 3 (“Evenett, *International Cartel Enforcement*”). Este documento se encuentra disponible en la Internet en: [http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN\\_ID265741\\_code010403580.pdf?abstractid=265741](http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID265741_code010403580.pdf?abstractid=265741).

<sup>5</sup> Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional (Canadá). *Competition Policy Convergence: The Case of Export Cartels* (“Competition Policy Convergence”), Policy Staff Paper N. 94/03, de abril de 1994. Este documento se encuentra disponible en la Internet en: [http://www.dfait-maeci.gc.ca/english/foreignp/dfait/policy\\_papers/1994/94\\_03\\_e/94\\_03\\_e.html#s3](http://www.dfait-maeci.gc.ca/english/foreignp/dfait/policy_papers/1994/94_03_e/94_03_e.html#s3).

ilegales y actúan de manera secreta, a menos o hasta que sean investigados y sus actividades puestas a descubierto.<sup>6</sup>

## 2. *Carteles que tienen efectos distorsivos en el mercado*

La mayoría de los países parecen aceptar que los carteles *hard core* pueden tener el efecto de minar los beneficios que deben emanar de la liberalización del comercio internacional. Por ejemplo, los carteles *hard core* internacionales pueden ejercer impacto sobre el acceso a los mercados al adjudicarse los mercados nacionales entre las firmas participantes. Además, los carteles *hard core* imponen pesados costos sobre los consumidores y las economías de los países, incluyendo tanto los países desarrollados como en desarrollo, y afectan de manera adversa las posibilidades de desarrollo de los países en vías de desarrollo.<sup>7</sup>

Algunos académicos y organizaciones internacionales han sugerido que los carteles de exportación podrían ejercer de manera potencial una distorsión sobre el comercio.<sup>8</sup> Por ejemplo, el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia ha sugerido que un cartel exportador que provocó la discriminación entre el mercado doméstico y el exportador, podría ejercer un efecto negativo en otros miembros de la OMC.<sup>9</sup> Sin embargo, la Secretaría de la OMC hace notar que “los puntos de vista expresan que el alcance del daño causado por los carteles exportadores es menor que lo que a veces se piensa, pues no todos los consorcios de exportación o de acuerdos similares fijan precios o ejercen poder sobre el mercado.”<sup>10</sup>

El tema de los carteles de exportación puede vincularse al de los carteles de importación. Un cartel de importación podría utilizarse para limitar las importaciones, tal como a través de restricciones voluntarias a las exportaciones impuestas contra las exportaciones de un país dirigidas a otro país.<sup>11</sup> Las organizaciones internacionales no parecen haber considerado las posibles distorsiones en el mercado causadas por los carteles de importación, aunque la Comisión Asesora sobre Política de Competencia Internacional de los Estados Unidos sugirió recientemente que las prácticas gubernamentales que toleran las conductas anticompetitivas privadas, tales como los carteles importadores, pueden verse como un sustituto *de facto* o *de jure* para el proteccionismo tradicional con relación a las importaciones.<sup>12</sup>

## 3. *Derecho de competencia interna y carteles de exportación*

Más de 90 países poseen legislación interna sobre competencia; la vasta mayoría de dichos países tienen algún tipo de prohibición a los carteles *hard core* en su legislación interna.<sup>13</sup> Parece existir consenso

---

<sup>6</sup> Nota Preparatoria (Background Note), en § 5.

<sup>7</sup> Ver: OCDE. *New Initiatives, Old Problems: A Report on Implementing the Hard Core Cartel Recommendation and Improving Co-operation*, DAFFE/CLP(2000)3/Rev1, del 23 de marzo del 2000, en p. 2; u OMC, *Report (2000) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* (“2000 Report”), WT/WGTCP/4, del 30 de noviembre de 2000, en § 39.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, NAGAOKA, Sadao. *International Trade Aspects of Competition Policy*, NBER Working Paper 6720, de septiembre de 1998. (este documento se encuentra disponible en Internet en <http://www.nber.org/papers/w6720>), y Evenett, *International Cartel Enforcement*.

<sup>9</sup> OMC. *Report (1999) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/3, de fecha 11 de octubre de 1999, en § 26.

<sup>10</sup> Nota Preparatoria (Background Note), en § 14.

<sup>11</sup> Competition Policy Convergence, Anexo.

<sup>12</sup> International Competition Policy Advisory Committee (Antitrust Division). *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, del 28 de febrero de 2000, p. 206. Este documento se encuentra disponible en Internet en <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm>.

<sup>13</sup> OMC. *Report (2001) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council* (“2001 Report”), WT/WGTCP/5, del 8 de octubre de 2001, en § 100.

al menos entre los miembros de la OCDE de que tales carteles intrínsecamente nocivos son perjudiciales a las economías domésticas y deberían ser prohibidos.

La mayoría de los países no trata de las actividades de los carteles de exportación en su legislación interna sobre competencia. Algunos países – tal como Canadá y Suecia – permiten los carteles de exportación, eximiéndolos de las disciplinas de las leyes internas sobre competencia.<sup>14</sup> La base de esta exención parece ser que la legislación interna sobre la competencia cubre actividades que afectan a los mercados internos; típicamente, se presume que las actividades de exportación no afectan a los mercados internos. Tradicionalmente, la ley interna sobre competencia de un país se ha limitado a las actividades que tienen lugar en su territorio y no tratan de conductas que carecen de efectos sobre su territorio. En los Estados Unidos, no obstante, la División Antitrust del Departamento de Justicia ha observado, en sus *Directrices para las Operaciones Internacionales* de 1992 y 1995, que la División Antitrust enfrentará cualquier conducta foránea que perjudique las exportaciones norteamericanas, aunque no se cause daño a los consumidores de los Estados Unidos. El ejemplo D de las Directrices dispone que las agencias harán valer su jurisdicción sobre las empresas extranjeras que concuerden en abstenerse de adquirir o distribuir productos norteamericanos o se avengan a tomar todas las medidas posibles a fin de mantener a un competidor de los Estados Unidos alejado de su mercado. Tales acuerdos podrían ejercer efectos “directos” y “razonablemente previsibles” sobre el comercio de exportación de los Estados Unidos.

Varios países, tales como los Estados Unidos y Japón, requieren que las firmas que organicen una asociación exportadora o un cartel de exportación se inscriban formalmente en una agencia gubernamental para beneficiarse con una exención.<sup>15</sup> El autor no conoce ningún país que prohíba la existencia de carteles de exportación en sus normas internas sobre competencia.

Tal como observado más arriba, generalmente la legislación sobre competencia interna de los países no se refiere a la conducta anticompetitiva que no afecte a su territorio. La coordinación internacional más amplia y la cooperación entre países para el cumplimiento de las políticas de competencia han sido de ayuda en el tratamiento de temas relativos al cumplimiento transfronterizo. No obstante, como se discute más abajo, algunas organizaciones internacionales están considerando la internacionalización de la política de competencia y la posibilidad de adoptar reglas de competencia internacionales, incluyendo a las normas que gobiernan la conducta de carteles de exportación.

#### **4. Consideración del Tema de Carteles de Exportación por las Organizaciones Internacionales**

##### **a) OCDE**

En 1998, la OCDE adoptó la *Recomendación del Consejo con relación a la acción efectiva contra los carteles intrínsecamente nocivos* (Recomendación “OCDE”).<sup>16</sup> La OCDE recomendó que los países miembros aprueben leyes contra los carteles que efectivamente detengan el accionar de dichos carteles *hard core* (imponiendo sanciones efectivas y procedimientos de observancia e instituciones con poderes para detectar y remediar a los carteles nocivos) y establecer principios para guiar la cooperación entre las autoridades a cargo de la competencia. La Recomendación de la OCDE no incluía a los carteles de exportación.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Evenett, *International Cartel Enforcement*, Cuadro 3.

<sup>15</sup> Evenett, *International Cartel Enforcement*, Cuadro 3.

<sup>16</sup> C(98)35/Final, 13 mayo 1998.

<sup>17</sup> La definición de cartel *hardcore* utilizada en la Recomendación de la OCDE excluye específicamente a los “acuerdos, prácticas concertadas, o arreglos que ... son directa o indirectamente excluidos de la cobertura de las propias legislaciones de un país miembro”. Como observado en la Sección D, la mayoría de los países excluyen a los carteles

Recientemente, el Grupo Conjunto sobre Comercio y Competencia en la OCDE ha tratado de la aplicación de los principios de transparencia, no-discriminación y equidad en los procedimientos, con relación a un posible marco futuro sobre la competencia.<sup>18</sup> En un documento publicado este año, el Grupo Conjunto consideró la discriminación *de jure* –es decir, si las leyes o reglamentos internos sobre la competencia incluyen principios discriminatorios, que, si aplicados de manera consistente, resultarían en discriminación contra las entidades extranjeras con base en la nacionalidad. El Grupo Conjunto sugirió que las leyes internas de competencia que permiten los carteles de exportación, sea de manera expresa o implícita, resultan en discriminación *de jure*. El Grupo Conjunto observó que:

por supuesto, puede argumentarse que este tratamiento diferenciado de los diferentes tipos de carteles no constituye discriminación. Las leyes sobre la competencia tienen la finalidad de proteger a los consumidores internos, o, puesto de otra manera, dichas normas no protegen a los consumidores extranjeros. La justificativa para permitir los carteles de exportación es que, en principio, ellos no causan prejuicios a los consumidores internos. Además, uno podría decir que no existe contravención del principio de tratamiento nacional si las empresas locales y las extranjeras son tratadas de la misma manera en términos de su participación en los carteles de exportación. Por otro lado, los carteles de exportación pueden producir un efecto de subsidio cruzado a favor de los productores locales. Esto es, ganancias en exceso resultantes de un cartel de exportación pueden considerarse como un subsidio a favor de los productores internos que no se encuentra disponible para los productores extranjeros del mismo producto.

.....

Virtualmente en todo país existen exenciones de varias clases de prohibición contra los carteles ... Las firmas del Estado no se sujetan a las leyes sobre la competencia en algunos (pero no en todos) los países, y ciertas actividades comerciales de los gobiernos, tanto nacionales como locales, pueden gozar de una exención. En algunos países los “carteles de crisis” son permitidos. Si estas exenciones se encuentran disponibles tan sólo para las firmas internas ellas son, a todas vistas, discriminatorias. Uno podría imaginar en la mayoría de estas situaciones que una entidad extranjera podría ser responsabilizada por una actividad de cartel mientras que una empresa interna que gozase de la exención, en las mismas circunstancias, no sería pasible de sanción alguna<sup>19</sup>.

En la conclusión de este documento, el Grupo Conjunto se cuestionó si “la tolerancia por parte de los gobiernos con relación a los carteles de exportación constituía una “discriminación”. El Grupo Conjunto sugirió que, independientemente de si dicha acción fuese considerada como una conducta discriminatoria bajo el Acuerdo de la OMC, la cuestión es cómo debería ser tratada dicha acción en un marco multilateral de la competencia.<sup>20</sup>

---

de exportación de las disciplinas de sus leyes internas sobre competencia.

<sup>18</sup> El principio de no discriminación está incorporado en las obligaciones referidas al tratamiento nacional y a la nación más favorecida (NMF) en la OMC. La obligación de tratamiento nacional requiere que un miembro de la OMC trate a los bienes o servicios de otro miembro de la OMC no menos favorablemente que lo que trata a sus bienes o servicios domésticos. La obligación del tratamiento NMF requiere que un miembro de la OMC trate a los bienes o servicios de otro miembro de la OMC no menos favorablemente que el tratamiento dispensado a los bienes o servicios de otro miembro de la OMC.

<sup>19</sup> OCDE. *Applying Core Principles in a Multilateral Framework on Competition* (“*Applying Core Principles*”). COM/DAFFE/TD (2002), 49, de fecha 10 de mayo de 2002, en §§59-61.

<sup>20</sup> *Applying Core Principles*, en § 99.

b) OMC

La OMC ha reconocido la importancia de los principios sobre la competencia en los acuerdos de liberalización del comercio. Inúmeros acuerdos de la OMC contienen disposiciones relacionadas con la política de competencia.<sup>21</sup> Además, el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, que fuera establecido en la Ministerial de 1996 en Singapur, está estudiando asuntos relacionados con la interacción entre comercio y política de competencia, incluyendo disposiciones para los carteles *hard core*, según lo dispone la Declaración Ministerial de Doha de 2001.<sup>22</sup>

Recientemente, el Grupo de Trabajo consideró diversas maneras mediante las cuales promover mayor coherencia entre las políticas comerciales y de competencia, incluyendo posiblemente una política de competencia más firmemente integradora dentro de la OMC. El Grupo de Trabajo sugirió que

los tipos de prácticas anticompetitivas que estaban siendo discutidas tales como los carteles internacionales, los carteles de exportación, los de importación y los abusos derivados de una posición dominante que ejercían efectos transfronterizos, todos ellos tenían una dimensión internacional y efectos claramente adversos sobre el comercio internacional y el desarrollo. Además, en vista de las críticas frecuentemente apuntadas en la OMC por haber creado una libertad ampliada para los productores sin brindar necesariamente la debida protección para otros miembros de la sociedad, resultaría difícil explicar que los miembros habían arribado a la conclusión de que las prácticas comerciales anticompetitivas que distorsionaban el comercio internacional no eran asunto apropiado para ser tratado por la OMC.<sup>23</sup>

En una Nota Preparatoria de la Secretaría de la OMC, de este mismo año la Secretaría se refirió a las exenciones o excepciones para ciertos tipos de carteles en las leyes internas sobre la competencia, tales como los carteles de ajuste estructural, los carteles de racionalización, y los carteles de importación y de exportación. Algunos miembros de la OMC sugirieron que tales exenciones “debían mantenerse en un mínimo e, idealmente, abandonarse con el transcurso del tiempo.”<sup>24</sup>

c) ALCA

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Artículo 40 del *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* dispone que los miembros están autorizados a aprobar leyes internas para combatir a las disposiciones restrictivas relacionadas con acuerdos de licencia de tecnología y el Artículo 3.5 del *Acuerdo sobre la implementación del artículo VI del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio de 1994* (el “Acuerdo Antidumping”) dispone que la autoridad administrativa de un miembro debe tener en cuenta cualquier práctica comercial restrictiva al determinar el daño a una industria local.

<sup>22</sup> El párrafo 25 de la Declaración Ministerial de Doha instruye al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, en el periodo hasta la Quinta Ministerial marcada para Septiembre de 2003, a fin de “focalizar la clarificación de: principios medulares, incluyendo transparencia, no discriminación y equidad procedimental y disposiciones sobre carteles “hard core”; modalidades para cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones sobre la competencia en los países en desarrollo a través de la formación de la capacidad. La Declaración Ministerial está disponible en la Internet en [http://www.OMC.org/english/theOMC\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](http://www.OMC.org/english/theOMC_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm)

<sup>23</sup> 2001 Report, en § 101.

<sup>24</sup> Background Note (Nota Preparatoria) en § 15.

El Grupo Negociador sobre la Política de Competencia ha estado negociando un proyecto de capítulo sobre política de competencia con el fin, entre otras cosas, de avanzar en el establecimiento de una política de competencia en el ámbito nacional o subregional, que proscriba las prácticas comerciales anticompetitivas. Como parte de las negociaciones, se formularon propuestas de incluir disposiciones sobre los carteles *hard core* y permitir ciertas exenciones y excepciones respecto de las leyes nacionales sobre competencia.

### *Conclusión y recomendaciones*

Tanto en el sector público como en el privado se han iniciado análisis significativos sobre los carteles, incluyendo la identificación y verificación de los posibles efectos distorsivos en el comercio causados por los carteles de exportación. Se están discutiendo en varios foros de negociación, incluyendo la OCDE, OMC y ALCA, los posibles perfeccionamientos de disciplinas, tanto bajo las leyes internas como las internacionales.

A la luz de estos avances, se recomienda que el Comité Jurídico Interamericano envíe el trabajo desarrollado hasta la fecha sobre las leyes y la política de competencia en las Américas a los órganos apropiados de la Organización, con la indicación de que, además de cualquier estudio adicional asumido por su propia iniciativa, el Comité Jurídico se coloca a disposición para cooperar con los responsables por las negociaciones en el ALCA y con todos aquellos que deseen recurrir a la experiencia y conocimientos del Comité en este tema.