

**ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DE INCLUIR  
“DERECHO DE COMPETENCIA” COMO TEMA A SER ESTUDIADO  
POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

(presentado por el doctor João Grandino Rodas)

Con la globalización de la economía, los procesos de privatización y la reducción de las barreras arancelarias, el papel del Derecho de Competencia está adquiriendo una importancia creciente. Esto resulta porque ahora, el aumento y el propio mantenimiento del comercio internacional, así como el íntegro funcionamiento de los mercados nacionales, dependen en gran parte de la prevención y la represión de actos que limiten la competencia. Prácticas como la división de los mercados o fijación de precios a través de carteles internacionales, así como las restricciones verticales que impiden la entrada de proveedores nacionales o internacionales en los nuevos mercados, tienen el efecto pernicioso de que, si no llegan a anular, por lo menos sí llegan a restringir los sorprendentes beneficios que resultan del libre comercio, y a disminuir el bienestar económico en el ámbito nacional.

Es por estas y otras razones, que la importante obra conjunta realizada por el Banco Mundial y la OCED, intitulada *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, subraya que “*Indeed, the case can be made that competition policy should be viewed as the fourth cornerstone of government economic framework policies along with monetary, fiscal and trade policies*”<sup>1</sup>.

Reconociendo este hecho, el *Informe de Inversiones* de 1997 de la UNCTAD/CNUMAD, precisamente hace hincapié sobre el hecho de que hoy existen más de 70 países con leyes de competencia, en contraste con los menos de 40 que existían hasta los años ochenta”<sup>2</sup>.

Consecuentemente, dicha situación exige un profundo análisis del contenido de las leyes vigentes que defienden la competencia, así como de las consecuencias que ejercen respecto a la regulación jurídica de la economía. Se torna necesario, entonces, realizar un cotejo entre estas leyes de competencia y sus finalidades e instrumentos, ya que pueden poseer importantes diferencias causadas, ya sea por el sistema jurídico en que se insertan (*derecho civil* o *common law*), o por las relaciones que tengan con otros ramos del poder jurídico. De hecho, mientras que la Ley Brasileña de Defensa de la Competencia —Ley nº 8.884, del 11 de junio de 1994— adopta un enfoque de Derecho Económico, también prevé un órgano igualmente regido por las normas del Derecho Administrativo e impone, en los casos omisos, la aplicación subsidiaria del Código de Proceso Civil, la legislación norteamericana —de la cual la *Ley Sherman* de 1980 es un buen ejemplo— y tiene, nítidamente, una relación con el Derecho Penal. Obviamente, esta diferencia no es irrelevante y puede ejercer enormes consecuencias prácticas, en su carácter de patrón de prueba utilizado y aceptado al juzgar un probable cartel, donde el eslabón de unión de las empresas que en él participasen, sería apenas un paralelismo de conductas imposibles de explicar apenas por medio de la lógica económica.

También se hace necesario realizar un análisis perspicaz de estas leyes para determinar, justamente, cuál es el bien jurídico principal que pretenden proteger. Dicha tarea, que aparentemente parece simple, debe tomar

---

<sup>1</sup> Cita de un capítulo escrito por R. Shyam Khemani (*Project Director*), p. 8

<sup>2</sup> Conforme subrayado por Gesner Oliveira en *Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul*, texto publicado en la serie *Idéias e Debates* (n. 7) del Instituto Teotônio Vilela (Brasília, 1998), p. 6.

en consideración las diferencias de los intereses jurídicos. Por consiguiente, el Poder Judicial, que desempeña un papel fundamental en la defensa de la competencia al buscar una solución justa y equitativa, ya sea como instancia recursal de las decisiones de los órganos administrativos adjudicatorios, o como única instancia, debe dirimir el conflicto señalado por Luis Tineo, asesor legal de la Unidad de Comercio de la OEA, mencionado a continuación:

*Para los individuos el valor a proteger es el derecho a la libertad económica, mientras que para la sociedad el valor a proteger es que las decisiones de los individuos en torno al qué, cuánto, cómo y a qué precio se producen los bienes en la economía se determine en forma eficiente, independiente y en condiciones de competencia efectiva.*

Otra diferencia importante que puede existir en esas leyes de defensa de la competencia, y que merece ser analizada, es la adopción de un criterio *per se* en la punición de potenciales antitrusts ilícitos, o el uso de la “regla de la razón”. El criterio *per se* está fundamentado en el entendimiento de que cualquier acción concertada entre la competencia resultaría en una reducción de la producción y, consecuentemente, en el aumento de los precios al consumidor. Por ende, en el modelo *per se* —aplicado originalmente en los Estados Unidos— se considera suficiente constatar la ocurrencia de la práctica concertada para que se la declare ilegal y sea punida. En contrapartida, el modelo de la regla de la razón trata de considerar las eventuales eficiencias que algunas prácticas podrían traer potencialmente a la economía. En este sentido, prácticas como la concentración económica, los acuerdos verticales y hasta los abusos de posición dominante, podrían llegar a ser autorizados por el órgano de defensa de la competencia siempre y cuando, sin implicar en la eliminación de la competencia en parte substancial del mercado importante tengan por efecto, por ejemplo, aumentar la productividad de las empresas, mejorar la calidad de sus bienes o servicios, propiciar la eficiencia y el desarrollo tecnológico o económico.

Además de estas importantes y ya clásicas cuestiones, que aún no han sido solucionadas, en el Derecho de Competencia existen nuevos problemas que deben ser dirimidos<sup>3</sup>. Consecuentemente, la relativa incapacidad de las jurisdicciones nacionales en controlar y punir efectivamente a los carteles internacionales y fusiones de ámbito mundial, así como los nuevos mecanismos de defensa de la competencia previstos por procesos de integración económica como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones (el “Pacto Andino”) y el Mercosur merecen ser profundamente analizados. El primer punto tiene un vínculo directo con el intrincado tema de la aplicación extraterritorial de las legislaciones antitrust, y con la suscripción de protocolos de cooperación técnica con entidades congéneres por parte de las agencias de defensa de la competencia. Por otra parte, la segunda cuestión, abre camino para el análisis de las especificidades y objetivos de las normas de defensa de la competencia, previstas en los Tratados que constituyen aquellas organizaciones internacionales.

En lo que atañe a este punto, es importante recalcar que la constitución de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes – debido a la mayor libertad de circulación de servicios, personas y capitales que implican – presentan importantes retos para el Derecho de la Competencia. De hecho, son

---

<sup>3</sup> Sobre la importancia del Derecho en general para la consecución de los objetivos de integración regional, es interesante recordar la lección de Pierre Pescatore, eminente juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de que “... el desarrollo de la construcción se ha beneficiado ampliamente de dos características complementarias del derecho comunitario, a saber: la estabilidad de sus bases constitutivas, que han creado un punto de partida y un fundamento sólido, y el dinamismo de su sistema legislativo, puesto en valor, a su vez, por los procedimientos de interpretación de la Corte de Justicia. No dudo en afirmar que el papel del derecho es capital, y aún más, indispensable para las necesidades de un proceso de integración” (el subrayado es nuestro). Vea el artículo “La importancia del derecho en un proceso de integración económica”. In: *Derecho de la Integración*, INTAL, n. 15, 1974, p. 21.

dignos de mención los siguientes cuestionamientos identificados por el Profesor Phedon Nicolaidis, del Instituto Europeo de Administración Pública, durante el transcurso del seminario “Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades”:

*Por ejemplo, el levantamiento de las barreras comerciales puede permitir a un producto extranjero ganar una posición dominante en el mercado, mientras que el levantamiento de las barreras de las inversiones puede permitir que empresas extranjeras adquieran empresas nacionales lo cual hace más concentrado el mercado interno. También es posible que las empresas extranjeras bajo un sistema de carteles extiendan sus prácticas colusivas al mercado interno. De modo que, aún si el mercado interno es competitivo, el comercio interno y las inversiones pueden generar distorsiones de la competencia.*

*Si los países tienen como punto de partida mercados protegidos que son oligopólicos, o donde las redes de distribución están controladas por unas pocas empresas, la reducción de las barreras comerciales o las inversiones pueden realmente llegar a inducir a las empresas a coludir de modo a dejar del lado de afuera, a los productos y empresas extranjeras. Además, la liberalización recíproca sobre una base preferencial, también puede inducir a la colusión transfronteriza. En casos donde la colusión no se trató de alcanzar porque los mercados estaban protegidos, podría convertirse en una opción tentadora para las empresas que quieren mantener la segmentación del mercado. Su colusión preservaría, de hecho, las barreras comerciales pero en una forma diferente y menos visible. De modo que 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 las inversiones”<sup>4</sup>.*

De la misma manera, al tratarse específicamente del Derecho de Competencia en el ámbito del Mercosur, Mauro Grinberg indaga:

a) como enfrentar o problema de una empresa paraguaya que vende un producto a una empresa uruguaya e depois recusa-se a vender peças de reposição para o produto vendido? b) o que fazer quando uma empresa brasileira vende um produto a uma empresa argentina e posteriormente só autoriza uma determinada oficina a prestar assistência técnica a esse produto, eliminando assim a concorrência entre os prestadores de serviços argentinos? c) e quanto ao *dumping*, que é, basicamente, a venda de produtos por preços bem abaixo dos praticados no país da empresa vendedora, como proceder?<sup>5</sup>.

Fue justamente con el objetivo de solucionar estas cuestiones, que la experiencia de la integración comunitaria europea brindó importantes contribuciones al estudio del Derecho de Competencia, dignas de mención. La primera, es el expreso reconocimiento otorgado por el Tratado de Roma<sup>6</sup>, que constituyó la Comunidad Económica Europea, sobre la posibilidad de que los subsidios estatales a agentes económicos

---

<sup>4</sup> Vea, del mismo autor, el artículo *Políticas de competencia en el proceso de integración económica: análisis de las formas y límites de la cooperación*, publicado en el libro del Seminario “Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades”, realizado del 8 al 10 de septiembre de 1997 en Montevideo, Uruguay, en la sede del Centro de Formación para la Integración Regional – CEFIR. Debemos resaltar que la expresión “levantar barreras comerciales” debe leerse como “retirar barreras comerciales”.

<sup>5</sup> Vea *A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação anti-truste*. In *Revista de Direito Mercantil*, n. 89, p. 82.

<sup>6</sup> De acuerdo a ese Tratado, y las enmiendas recibidas en 1992 en Maastricht, uno de los instrumentos para la consecución del ideal del mercado común será precisamente “*a system ensuring that competition in the internal market is not distorted*” (artículo 3º, g). Dicho sistema que se encuentra en el texto del propio Tratado (arts. 85 a 94) y en Reglamentos posteriores (como el Reg. 17/62, referente a procesos administrativos) consecuentemente tendrá la función de garantizar, dentro de los términos del artículo 7º-A del Tratado CE, la existencia de un espacio “sin fronteras internas en el cual está asegurada la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales”.

ejercen el poder de distorsionar las condiciones de competencia en los mercados. La segunda, es la importante discusión sobre los objetivos del Derecho de Competencia en experiencias de integración regional, cuyos mercados únicamente se integrarán de hecho, si sus agentes económicos tuvieran libre acceso a ellos. Así la legislación de defensa de la competencia, sumada a los tradicionales objetivos de la legislación antitrust, también tiene el deber, en los procesos de integración regional, de garantizar el “libre acceso” a los mercados de los Estados Partes. Por ese motivo, conforme destaca Richard Whish, tanto la jurisprudencia administrativa de la Comisión Europea como la judicial del TJCE ha sido enfática al vedar la “protección territorial absoluta”:

*In EEC law generally, one of the prime aims of the Commission and Court is to ensure that goods and services can be sold throughout the Community, unimpeded by obstacles to trade imposed by Member States or erected by private undertakings. In particular, the Community authority will endeavour to ensure national markets do not become impregnable to ‘parallel imports’ from other Member States: a producer of widgets can agree to sell his products only to distributor X in France, but he cannot go further and agree to ensure that no-one else will ever import his widgets into France. This would be to confer absolute territorial protection on X, meaning that he would face no intra-brand competition from parallel goods at all. Only in the rarest of circumstances would this be permitted<sup>7</sup>.*

Finalmente, una cuestión importante que nos trajo la experiencia europea cuanto a la integración regional, se refiere a la relación que existe entre las autoridades comunitarias y las agencias nacionales de defensa de la competencia. Hubo extensas discusiones en el seno de la Unión Europea – y probablemente esto también llegue a ocurrir en el Mercosur<sup>8</sup> y en el Pacto Andino – sobre la división de competencias entre dichos órganos, primordialmente si se toman en cuenta los criterios *ratione loci* e *ratione materiae*<sup>9</sup>. La conclusión a que arribó la Unión Europea a este respecto, con la salvedad de algunos casos de protección territorial absoluta y otros excepcionales, es que la competencia de la autoridad comunitaria sólo estará configurada cuando la práctica antimonopólica provoque un “efecto sensible” sobre la competencia y afecte las relaciones comerciales entre dos o más Estados miembros. De esta forma, la tendencia de la jurisprudencia comunitaria europea ha sido – principalmente después de la inclusión del Principio de Subsidiariedad<sup>10</sup> previsto por el Tratado de Maastricht en aquel reglamento –, la de reconocer la competencia de la Comisión Europea en casos de prácticas anticompetitivas sobre importantes mercados geográficos transfronterizos.

De lo antedicho podemos observar que los importantes retos al Derecho de Competencia emanan de los procesos de integración regional. No obstante, debemos señalar que otra de las consecuencias de la globalización, es el aumento de las prácticas de carteles internacionales y de fusiones de ámbito mundial, de tal manera que importantes conceptos jurídicos como el de “*positive comity*” comienzan a formar parte de los acuerdos de asistencia y cooperación técnica mantenidos por agencias nacionales y – en el caso de la Unión Europea que posee un respetable acuerdo de cooperación con los Estados Unidos - comunitarias

---

<sup>7</sup> Vide *Competition Law*, Butterworths, Londres, 3. ed., 1993, p. 46.

<sup>8</sup> Cabe hacer notar que ambas organizaciones tienen legislaciones comunes sobre la defensa de la competencia. En lo que concierne al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosul, el “Protocolo de Fortaleza”, nos cumple recalcar que el mismo ya fue internalizado en el Paraguay y, para entrar en vigor, el Presidente de la República Federativa de Brasil debe primero publicar un decreto ratificando los términos del Decreto Legislativo nº 06/2000, del 15.02.2000. En lo que respecta a la publicación del referido Decreto, João Grandino Rodas, Presidente del Comité Jurídico Interamericano y árbitro brasileño junto al Tribunal previsto por el Protocolo de Brasilia, señala que “*O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo*”. Según el autor, “*Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores*” (In: “*Tratados Internacionais*”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 54-55).

<sup>9</sup> Sobre un resumen de esta discusión, vea la obra *Defesa da concorrência no Mercosur: acordos entre empresas, abusos de posição dominante e concentrações*, de Paulo Caliendo Velloso da Silveira, São Paulo: LTr, 1998.

de defensa de la competencia. En el punto relativo al “*positive comity*”, este acuerdo dispone justamente que “*The competition authorities of a Requesting Party may request the competition authorities of a Requested Party to investigate and, if warranted, to remedy anticompetitive activities in accordance with the Requested Party’s competition laws. Such a request may be made regardless of whether the activities also violate the Requesting Party’s competition laws, and regardless of whether the competition authorities of the Requesting Party have commenced or contemplate taking enforcement activities under their own competition laws*”<sup>10</sup>.

Conforme recalcado por el Director General de Competencia de la Comisión Europea, el valor de este acuerdo reside en el hecho de que “*it represents a commitment on the part of the US and the EU to cooperate with respect to antitrust enforcement rather than seeking to apply their antitrust laws extraterritorially*”<sup>11</sup>. Además, como ha destacado el ya mencionado Profesor Phedon Nicolaidis, “La aplicación de una cortesía positiva mejora la efectividad de la intervención del gobierno para corregir distorsiones del mercado en, por lo menos, un aspecto importante. Para los países grandes como los de la UE o Estados Unidos, el cumplimiento extraterritorial de sus propias normas es posible porque tienen influencia económica y política. Para los otros países no es fácil usar los instrumentos de la competencia para contrarrestar las prácticas anticompetitivas que se originan en otros países”<sup>12</sup>.

Por consiguiente, se puede deducir que una cooperación más extensa y compleja entre las agencias de defensa de la competencia, es un mecanismo importante para buscar la protección del consumidor y de las estructuras de libre mercado en este mundo globalizado. Sin embargo, la definición de cuál debe ser la extensión y el contenido de estos acuerdos todavía se encuentra en abierto, y es un tema que podría aprovechar ampliamente la elaboración de un cuidadoso análisis del Derecho Comparado.

En conclusión, se puede afirmar que el Derecho de Competencia cumple un papel sumamente importante en la regulación jurídica de las actividades económicas. La clasificación realizada por el Banco Mundial y la OCDE del tema denominado “*fourth cornerstone of government economic framework policies*”, basta para demostrar ese hecho. A pesar de esa importancia, aquí se demostró que varias cuestiones enmarañadas e importantes, relativas al Derecho de Competencia permanecen sin solución.

Las cuestiones relativas a la inserción del Derecho de Competencia en distintos sistemas jurídicos, al aumento de la cantidad y nocividad de los carteles internacionales y de fusiones de alcance mundial, a la relación existente entre las autoridades comunes y nacionales de defensa de la competencia en el ámbito de los procesos de integración regional, entre otras, son imprescindibles en los días de hoy para subsidiar las discusiones relativas a la creación del Área de Libre Comercio de las Américas – o ALCA.

Llegamos a la conclusión, por ende, que el Comité Jurídico Interamericano cumpliría una inestimable función si aceptase el reto de elaborar un profundo estudio sobre el Derecho de la Competencia de tal modo que, al concluirlo, pudiese sugerir a los Estados miembros de la OEA diferentes alternativas para garantizar la protección de las estructuras de libre mercado en un mundo globalizado. Cabe entonces señalar que la realización de estudios de esta magnitud, además de constituir un interesante reto es, de conformidad con lo estipulado por el artículo 99 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, una de las principales funciones del Comité Jurídico Interamericano.

---

<sup>10</sup> Visite la página de la Internet <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/dftusa.htm>.

<sup>11</sup> Vea el artículo de Alexander Schaub, publicado en *Competition Policy Newsletter*, 1998, n° 1, febrero, Luxemburgo, p. 5.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 14.

