

59º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES
30 de julio al 24 de agosto de 2001
Río de Janeiro, Brasil

OEA/Ser.Q
CJI/doc.78/01
20 agosto 2001
Original: Portugués

REGLAS INTERNACIONALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(presentado por el doctor João Grandino Rodas)

Sumario

1. Introducción
2. Razones para la necesidad de normas internacionales de defensa de la competencia.
 - 2.1. Conflictos causados por la aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia
 - 2.2. Imposibilidad de sancionar las prácticas internacionales contra la competencia por la medio de la aplicación aislada de normas nacionales
3. Acuerdos de cooperación sobre defensa de la competencia.
4. Normas regionales de defensa de la competencia
 - 4.1. Las reglas de defensa de la competencia de la Unión Europea
 - 4.2. Mercosur
5. Normas plurilaterales de defensa de la competencia
6. Normas multilaterales de defensa de la competencia
7. Discusiones actuales sobre defensa de la competencia
 - 7.1. Mercosur-Unión Europea
 - 7.2. ALCA
 - 7.3. *Global Competition Initiative*
 - 7.4. OMC

1. Introducción

En agosto de 2000, fue presentado el documento *Elementos para una propuesta de incluir 'Derecho de Competencia' como tema a ser estudiado por el Comité Jurídico Interamericano* (CJI/doc.23/00). El presente documento de trabajo pretende profundizar el estudio realizado entonces, enfatizando los aspectos internacionales de la defensa de la competencia y trazando un panorama de las reglas internacionales que rigen el tema.

Dado el gran número de normas internacionales sobre defensa de la competencia, el análisis de éstas partirá de la premisa de que pueden ser clasificadas en cuatro grandes subdivisiones: acuerdos bilaterales de cooperación, normas regionales, normas plurilaterales y normas multilaterales de defensa de la competencia. De hecho, aún cuando cada norma internacional de defensa de la competencia posea características propias, la estructura, el número de prácticas contra la competencia que se procura combatir¹ y el objetivo de las normas anti competitivas encontradas dentro de cada subdivisión tienden a ser los mismos².

Existen, sin embargo, dos elementos comunes a todas las reglas internacionales de defensa de la competencia. Se trata justamente de las razones que explican la necesidad de la existencia de tales normas, a saber: 1) la gran posibilidad de conflictos causados por la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia, y 2) la real incapacidad de que las normas nacionales de defensa de la competencia prohíban y castiguen con eficacia las prácticas internacionales contra la competencia, incluso cuando ellas son aplicadas extraterritorialmente.

2. Razones que abonan la necesidad de normas internacionales de defensa de la competencia

2.1. La aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia

La aplicación extraterritorial del Derecho de la Competencia fue la primera estrategia utilizada para combatir conductas contra la competencia en el ámbito internacional. Dicha estrategia, inicialmente puesta en práctica por los Estados Unidos y después por otros países industrializados, ocurre cuando se procura aplicar la legislación interna antitrust a actos y contratos que se constituyen bajo la jurisdicción de terceros países³ pero que causan efectos en el territorio nacional.

Uno de los primeros casos de aplicación extraterritorial de normas antitrust de los que se tiene noticia tuvo lugar en el proceso “Alcoa c/ Estados Unidos”, en el cual, en 1965, la Suprema Corte de los EUA decidió sancionar a un cartel internacional de fijación de cuotas de producción de lingotes de aluminio

¹ Generalmente, las leyes de defensa de la competencia poseen tres vertientes: a) la represora - consiste en la investigación y punición de prácticas de abuso de la posición dominante y de cartelización de agentes económicos; b) la preventiva, que tiene como mira garantizar que la competencia en los mercados no se verá perjudicada a través de operaciones de fusión y adquisición de empresas, que deben ser aprobadas por el Poder Público; c) la educativa, por la cual se trata de promover y fomentar la “cultura de la competencia” en los agentes económicos y en los órganos del propio Poder Público responsables por la reglamentación de sectores de la economía tales como los de energía eléctrica, telecomunicaciones, petróleo, etc.

² Será encontrada la mayor variación entre esos elementos, como se muestra más abajo, dentro de las normas regionales de defensa de la competencia.

³ Ver, de José Carlos de Magalhães, *A aplicação extraterritorial de leis nacionais*, Revista Forense, v. 283, 1986, p. 89-99.

creado en Suiza y que exportaba solamente para los EUA⁴, sin que ninguna empresa perteneciente al cartel estuviese domiciliada en este país. Desde entonces, fueron proferidas varias decisiones, tanto en los EUA como en otros países industrializados e incluso por la autoridad antitrust de la entonces Comunidad Económica Europea⁵, penalizando prácticas originadas fuera del territorio nacional de la autoridad antitrust en cada caso, pero que causaron efectos internos en los respectivos territorios nacionales.

A pesar de haberse tornado una práctica común, la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia, en la medida en que procura extender la jurisdicción del país afectado, genera, conforme fue resaltado, grandes conflictos entre los Estados intervinientes⁶. Según J.G. Castel, son tres las principales situaciones conflictivas relacionadas con la aplicación extraterritorial de leyes antitrust: a) cuando un Estado aplica sus leyes antitrust a personas domiciliadas y a actos que se producen en el territorio de otro Estado; b) cuando un tribunal local trata de incoar un proceso de ejecución contra personas de otro Estado; c) cuando las leyes y la política de un Estado buscan reprimir prácticas contra la competencia que son permitidas o incluso exigidas por la legislación de otro Estado⁷.

Una prueba de la existencia de tales conflictos es el hecho de que varios países crearon una legislación defensiva (*blocking statutes*) con la intención específica de impedir que sus empresas fuesen perjudicadas por la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia de otros países. A través de ese tipo de legislación, se prohibió a los agentes económicos acusados de prácticas contra la competencia, bajo pena de multa, a prestar informaciones al Estado que alega estar siendo afectado por la práctica. La investigación de parte del Estado se tornaba, en consecuencia muy difícil.

Otra especie de legislación creada para impedir o disminuir la aplicación extraterritorial de las normas antitrust fueron los *claw-back statutes* (normas para la repetición), por los cuales una empresa sancionada por una práctica contra la competencia internacional podría acudir a los Tribunales de su país de origen contra la empresa que la hubiese acusado en el otro país y procurado indemnización de ésta⁸.

Además de la clara posibilidad de conflictos, otra consecuencia causada por la aplicación extraterritorial del derecho de competencia que explica la necesidad de normas internacionales sobre la materia, la constituye el hecho de que solamente los países con gran poder económico pueden realizar tal estrategia de manera eficiente. De hecho, solamente tales países, por medio de la amenaza de penas tales como la exclusión de las empresas de los mercados nacionales, consiguen forzar a las empresas infractoras a observar las leyes internas⁹.

⁴ Cf. José Carlos de Magalhães, *Op. cit.*, p. 97. Conforme resalta el autor, “Las objeciones opuestas por Aluminum Limited de que se trataba de acuerdo suscrito en Europa, entre sociedades no americanas y con obediencia a las leyes de Suiza, no sensibilizaron a la Corte, que consideró los efectos del acuerdo en el territorio de los Estados Unidos como fundamento suficiente para el ejercicio de la jurisdicción americana para reglar todas las relaciones derivadas del cartel”. A partir de esa decisión, se comenzó a utilizar en el ámbito del Derecho Internacional Privado la expresión *effects doctrine*. [traducción no oficial]

⁵ “Los Estados o los bloques económicos a los cuales pertenecen, cuando sus intereses se ven afectados, no hesitan en aplicar sus propias reglas de competencia, aún cuando el acuerdo restrictivo no haya sido celebrado en su territorio. Fue lo que ocurrió, en el ámbito de la Comunidad, en el caso Wood Pulp”. [traducción no oficial] Ver Umberto Celli Jr., p. 75.

⁶ Ver, de Umberto Celli Jr., la obra *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 73-4.

⁷ Ver Jean Gabriel Castel, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws*, en *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, v. 179 (1983-I), p. 105.

⁸ Cf. Castel, *op. cit.*, p. 82. Entre los países que crearon legislaciones del tipo *blocking* y *claw-back* se encuentran el Reino Unido, Canadá, Australia y Francia.

⁹ Ver, de Phedon Nicolaidis, *Políticas de Competencia en el Proceso de Integración Económica: Análisis de las*

Efectivamente, una de las mayores sanciones que podrían ser impuestas a una empresa que hubiese cometido una práctica antitrust con sus efectos en los EUA (pero que no poseyera bienes en aquel país suficientes para desestimular una repetición de la práctica) sería, por ejemplo, la imposibilidad de desembarcar sus productos en aquel mercado en el futuro. Mientras tal amenaza deba ser cuidadosamente llevada en consideración por la empresa acusada, dado el perjuicio que podría generar la interrupción de las ventas a un mercado consumidor del tamaño del mercado norteamericano, lo mismo no ocurriría si la sanción fuese intentada por un país con un mercado pequeño.

2.2. Imposibilidad de sancionar prácticas internacionales contra la competencia por medio de la aplicación aislada de normas nacionales

Otra explicación para la necesidad y aparición de varias normas internacionales de defensa de la competencia es el hecho de que las leyes antitrust nacionales, incluso aquellas de países desarrollados, muchas veces no son capaces de sancionar y prevenir de forma aislada prácticas tales como carteles y fusiones internacionales con efectos negativos sobre los mercados.

En el caso de las fusiones y adquisiciones internacionales de empresas, tal limitación es bastante clara, conforme lo dispuesto en el Informe de Inversión Mundial de 2000, publicado por la UNCTAD:

De manera creciente, no obstante, la política de la competencia no puede ser llevada a cabo de manera efectiva solamente por medio de la acción local. La verdadera naturaleza de los M&As transfronterizos – verdaderamente la emergencia de un mercado global para las firmas – coloca el fenómeno en el plano internacional. Esto significa que las autoridades de la competencia necesitan tener en su lugar, y fortalecer, los mecanismos de cooperación entre ellos en los ámbitos bilaterales, regionales y multilaterales, a fin de responder de manera efectiva las M&As y a las prácticas contra la competencia de las firmas que afectan a sus países. La acción internacional es particularmente importante al tratar de M&As transfronterizos con dimensiones globales, especialmente para los países menores que carecen de recursos para montar y aplicar políticas de dicha naturaleza por sí solos”. Op. cit., p. 21. [traducción no oficial]

En lo que respecta a conductas contra la competencia, principalmente de parte de los carteles internacionales, el estudio de la Comisión de Legislación y Política de la Competencia de la ^{OCDE}(CLP/OCDE) titulado *CLP Report on Positive Comity* [Informe de la CLP sobre Cortesía entre las Naciones], llegó a la misma conclusión:

Los límites jurisdiccionales en el caso de la aplicación unilateral aumentan sobremanera la necesidad de cooperación. Como resultado de estos límites, las autoridades relativas a la competencia individual podrán hallar imposible remediar la conducta contra la competencia extranjera que daña seriamente a sus economías. Pueden también existir situaciones en las cuales ninguna autoridad en casos de competencia en un país afectado pueda por sí sola detener o de otra manera remediar tal conducta¹⁰.

Formas y Límites de la Cooperación, p. 14. Artículo publicado en los anales del Seminario “Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades”, realizado del 8 a 10 de setiembre de 1997 en Montevideo, Uruguay, en la sede del Centro de Formación para la Integración Regional – CEFIR.

¹⁰ Informe disponible en <http://www.oecd.org/daf/clp/CLP_reports/positive.pdf>, página visitada en 04/08/01.

Entre los variados desafíos que las autoridades antitrust nacionales deben enfrentar para sancionar las prácticas contra la competencia internacionales están los siguientes: a) el de que normalmente las informaciones necesarias para ventilar las acusaciones se encuentran solamente fuera de la jurisdicción nacional, lo que dificulta sobremanera la instauración de procesos administrativos y judiciales; b) el relativo a que las empresas eventualmente consideradas culpadas por la práctica que viola la competencia no posean bienes en el Estado cuyo mercado fue perjudicado por la práctica, lo cual puede tornar inocuos e ineficaces los procesos de ejecución; c) el hecho de que varios países no reconocen las decisiones antitrust provenientes de otros países teniendo en cuenta el carácter penal y de orden público que tales leyes suelen detentar.

3. Acuerdos de cooperación en defensa de la competencia

De todas las estrategias para el castigo de prácticas contra la competencia que violan la libre competencia internacional, los acuerdos de cooperación, por lo general bilaterales¹¹, han sido la forma más utilizada y más difundida actualmente, principalmente por los Estados Unidos¹².

El estudio profundizado de tales acuerdos se hace necesario no solamente por el hecho de que su utilización ocurra con frecuencia en la sanción y prevención de prácticas contra la competencia internacionales, sino por el hecho de que muchas de sus cláusulas e instrumentos se encuentran también en normas regionales, plurilaterales y multilaterales de defensa de la competencia.

De hecho, tales acuerdos poseen cláusulas e instrumentos que ya se tornaron bastante comunes: la notificación de actividades de un Estado que puedan afectar importantes intereses de otro Estado (como cuando se inicia una investigación sobre una empresa del último); la promesa de tomar en consideración los intereses del otro Estado en caso de la investigación o aplicación de sanciones a empresas de este país (“*traditional comity*” – cortesía tradicional); la posibilidad de realización de consultas para dirimir conflictos de leyes, políticas e intereses nacionales de los Estados involucrados; acción coordinada en la existencia de prácticas contra la competencia que afecten a ambos Estados; pedidos de ayuda en la investigación tratándose de prácticas que teniendo lugar en el territorio del Estado demandado afecten a ambos Estados; pedidos de ayuda en la investigación cuando las prácticas que se susciten en el territorio del Estado demandado afecten los intereses del Estado demandante, incluso al compartirse informaciones no confidenciales entre las respectivas autoridades antitrust¹³.

Una característica interesante de recientes acuerdos de cooperación es el hecho de que poseen cláusulas de “*positive comity*”¹⁴ (cortesía positiva), que, generalmente, poseen la siguiente redacción:

¹¹ Resulta interesante destacar que recientemente fueron suscritos acuerdos trilaterales de cooperación en defensa de la competencia entre Canadá, Australia y Nueva Zelandia, y entre Dinamarca, Noruega e Islandia, respectivamente. La estructura de tales acuerdos en nada difiere, no obstante, de la de los acuerdos de cooperación bilaterales clásicos y, por ello, pueden ser estudiados en la presente sección.

¹² Los EUA ya firmaron 8 de tales acuerdos bilaterales (Australia, Brasil, Canadá, Unión Europea, Alemania, Israel, Japón y México). Además de ello, un importante órgano consultivo responsable por la división antitrust del Departamento de Justicia norteamericano, el ICPAC (*International Competition Policy Advisory Committee*), sugirió que la estrategia de firma de nuevos acuerdos bilaterales de cooperación en defensa de la competencia fuese profundizada. Ver el Informe Final del ICPAC en <http://www.usdoj.gov/atr/icpac.htm>. Página visitada en 06/08/01.

¹³ Algunos acuerdos, tales como los firmados entre los Estados Unidos con Brasil y con México, prueban también la posibilidad de asistencia técnica entre los órganos antitrust de cada Estado.

¹⁴ El primer acuerdo de cooperación que incluyó dicha cláusula fue el suscrito en 1991 entre EUA y la Unión Europea. Es interesante resaltar que tal acuerdo, que ya produjo una intensa cooperación entre las partes, fue recientemente profundizado por otro acuerdo celebrado en 1998, que, a pesar de no aplicarse a fusiones y adquisiciones de empresas,

Si una Parte es de la opinión que las Prácticas contra la Competencia realizadas en el territorio de la otra Parte afectan de manera adversa sus intereses importantes, la primera Parte podrá, luego de consulta previa a la otra Parte, solicitar que las Autoridades de Defensa de la Competencia de aquella otra Parte inicien procedimientos de aplicación apropiados¹⁵.

A pesar de que tales cláusulas son de cumplimiento voluntario y permiten que ambos Estados utilicen sus propias leyes nacionales para tratar de sancionar una misma práctica contra la competencia, poseen, en tesis, el poder de disminuir tanto la aplicación extraterritorial de las leyes antitrust en lo referido a los conflictos que de ello se derivan¹⁶.

En la práctica, tales cláusulas serán utilizadas básicamente en los casos de “acceso a mercados”, esto es, cuando prácticas contra la competencia que tuvieron lugar en el territorio del Estado demandado impidan la exportación por empresas del Estado demandante. Las cláusulas de “*positive comity*”, considerando la necesidad de que las leyes del Estado demandado sean violadas para la utilización de tales cláusulas, no alcanzan, no obstante, la práctica de carteles de exportación, que es aceptada por un gran número de jurisdicciones y cuya punición es de difícil realización, principalmente por Estados con pequeño poder económico¹⁷.

Todavía dentro de las estrategias bilaterales, es importante destacar que, a pesar de pocos y de cumplimiento también voluntario, existen acuerdos de cooperación más profundos, cuyas principales características consisten en la posibilidad de intercambio de informaciones confidenciales y la utilización de los procesos obligatorios en un Estado a pedido de otro para, por ejemplo, realizar la comunicación de actos procesales (citaciones, intimaciones, etc.), reunir pruebas y aplicar las penas. Tales características existen en el acuerdo de cooperación de 1999 entre Australia y Estados Unidos (el primero firmado bajo el amparo del *International Antitrust Assistance Agreement* de 1994) y en el Acuerdo entre Estados Unidos y Canadá de 1995. Éste, a propósito, pertenece a la clase de los Acuerdos de Asistencia Legal Mutua, de manera que solamente busca la sanción de ilícitos antitrust definidos como delitos¹⁸, de manera que la cooperación necesaria para facilitar la ejecución de una acción de indemnización no podría ser realizada a través de este Acuerdo.

prevé una cláusula de “cortesía positiva realzada” (*enhanced positive comity*), es decir, la presunción de que las autoridades sobre la competencia de un Estado afectado por una práctica contra la competencia suspenderán o cesarán sus actividades de investigación y sanción cuando sus consumidores no se vean perjudicados directamente, permitiendo que actúe solamente la autoridad antitrust del Estado para el cual la práctica contra la competencia está dirigida.

¹⁵ Ver el artículo IV. 2 del Acuerdo entre el gobierno de la República Federativa de Brasil y el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica relativo a la cooperación entre sus autoridades de defensa de la competencia en la aplicación de sus leyes de competencia, firmado en 26.10.1999.

¹⁶ Segundo Alexander Schaub, director de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, “*representa el compromiso de parte de los EUA y la Unión Europea de cooperar con respeto a la aplicación de las normas antitrust en lugar de buscar aplicar sus leyes antitrust extraterritorialmente*”. Ver el artículo *International cooperation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD proceedings*, publicado en la *Competition Policy Newsletter*, 1998, n° 1, febrero, Luxemburgo, p. 5.

¹⁷ A pesar de que las cláusulas de *positive comity* (cortesía positiva) poseen la facultad de disminuir conflictos en lo referido a la aplicación extraterritorial del derecho de competencia, es importante resaltar que, hasta ahora, solamente fueron utilizadas en el caso “Amadeus” que, a pedido de los Estados Unidos, continúa siendo investigado en la Unión Europea. Ver, en ese aspecto, el ya citado informe de la OCDE sobre *positive comity*.

¹⁸ Es lo que ocurre normalmente con los “*hard core cartels*” - prácticas de división de mercado y fijación de precios.

Otra característica importante de dichos acuerdos es que permiten al Estado demandante solicitar el auxilio del Estado demandado, incluso para la investigación de conductas que no sean consideradas ilegales frente a la legislación de éste. Así, en principio, tales acuerdos de cooperación más profundos permitirían la sanción de los carteles de exportación.

Antes de pasar a tratar sobre las normas regionales de defensa de la competencia, cabe destacar brevemente la interesante solución adoptada por Australia y Nueva Zelandia, países que poseen una intensa relación comercial, en el combate a la práctica del *dumping* envolviendo agentes económicos de sus territorios. Tales Estados han modificado sus respectivas leyes de defensa de la competencia, de manera que sus articulados han sustituido las normas antidumping en el comercio entre los dos países.

Sobre a posibilidad de aplicar principios de defensa de la competencia a la política comercial, el Prof. Alan Fels, Presidente de la Comisión Australiana de Defensa de la Competencia y del Consumidor escribió lo siguiente:

Hay mucho por decir para aplicar los principios generales de la política de competencia al área de normas mercantiles y para enfocar la política mercantil de la misma perspectiva como la política de la competencia. Un avance entre Australia y Nueva Zelandia en este sentido ha atraído cierto interés internacional. Se trata de sustituir las leyes antidumping entre dos países con la aplicación de la s. 46 de la Ley de Prácticas Mercantiles y la s.36 de la Ley del Comercio. Esto significa que los asuntos de dumping son tratados ahora de la misma manera que los asuntos de competencia, un resultado que tiende a ser más propicio para la eficiencia económica y con resultados favorables para el consumidor. De manera más general, existe una tendencia perceptible de parte de los más grandes economistas mundiales y de los autores de las políticas clave, para tratar de caracterizar a las normas mercantiles como una forma de norma de la competencia, requiriendo la aplicación de los mismos principios (e incluso de los procedimientos) en el interés del avance económico mundial. La formulación y puesta en práctica de este ambicioso enfoque constituye un sustancial desafío de la política mundial”¹⁹. [traducción no oficial]

4. Normas regionales de defensa de la competencia

Las normas de defensa de la competencia creadas en el ámbito de procesos de integración regional²⁰ merecen un lugar de privilegio entre las variadas normas internacionales sobre el tema. Entre los bloques

¹⁹ Ver, del autor, el artículo *Trade and Competition in the Asia Pacific Region*, disponible en <http://www.accc.gov.au/docs/speeches/sp1of95.htm>, página visitada en 09/08/01.

²⁰ Todas las normas relativas al Continente Americano pueden encontrarse en el *Inventory of the Competition Policy Agreements, Treaties and Other Arrangements Existing in the Western Hemisphere*. Compilación realizada por la Unidad del Comercio de la OEA al Grupo de Trabajo de Política de la Competencia de la ALCA e incluida en el documento FTAA.ngcp/inf/03/Rev.1, enero 22, 2001. Disponible en http://www.alca-ftaa.oas.org/publications/ng_come.asp. Página visitada en 13/08/2001. Tal documento identificó que pueden encontrarse normas regionales en el hemisferio “en el Capítulo XV del TLC – Tratado de Libre Comercio (the North America Free Trade Agreement (NAFTA), en la Decisión de 1991 No. 285 de la Comunidad Andina, en el Protocolo de 1996 sobre la Protección de la Competencia en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en el Protocolo No. 8 de la Comunidad del Caribe y Mercado Común (CARICOM), en el Capítulo XVI del Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres entre la República de Colombia, los Estados Unidos Mexicanos y la República de Venezuela (G-3)”. Tales normas también pueden encontrarse en los siguientes diplomas: “Capítulo J del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Chile, en el Capítulo XIV del Acuerdo de Libre Comercio entre México y Chile, en el Acuerdo No. 22 de Complementación Económica entre Bolivia y Chile, en el Capítulo XV del Acuerdo de Libre Comercio entre el Mercado Común Centroamericano y Chile; en el Capítulo IV del Acuerdo de Libre Comercio e Intercambio

económicos que poseen tales reglas se encuentran, por ejemplo, la Unión Europea, el NAFTA, la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur. Resulta importante destacar, no obstante, que el contenido de tales reglas varía bastante y conforme a los objetivos del proceso de integración regional. Mientras que en el Tratado que creó el NAFTA²¹ (que tiene en mira tan solamente la creación de una zona de libre comercio entre sus Estados Partes) las normas de defensa de la competencia son bastante modestas, las reglas contenidas en resolución suscrita en el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones²² (o Grupo Andino) son más completas y detalladas y se aplican por organismos supranacionales creados en el ámbito de aquel proceso de integración.

No obstante, dada la necesidad de concentrar esfuerzos en el estudio de las principales características de tales normas, el presente trabajo destacará las reglas de defensa de la competencia existentes en la Unión Europea y en el Mercosur.

4.1. Las reglas de defensa de la competencia de la Unión Europea

La comparación realizada sobre la Comunidad Andina de Naciones y el NAFTA podría aplicarse perfectamente al proceso europeo de integración regional. De hecho, la Unión Europea, que es la experiencia de integración regional más profunda que existe, posee justamente las normas internacionales²³ de defensa de la competencia más operativas y sólidas de que se tiene noticia²⁴.

Al ser creadas²⁵, tales normas trajeron consigo importantes innovaciones para el área de la defensa de la competencia. Una de ellas – tal vez la más importante – fue la que sustituyó las normas de defensa comercial en el ámbito del mercado común, de manera que dejaron de aplicarse los derechos compensatorios y salvaguardas comerciales entre los Estados Partes de la Unión Europea – lo que refuerza

Preferencial entre Panamá y cada uno de los países miembros del Mercado Común Centroamericano, en el Capítulo XV del Acuerdo de Libre Comercio entre el MCC y la República Dominicana, en la Sección IV del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y México”.

²¹ Las referidas normas del NAFTA (TLC) contenidas en los artículos 1501 a 1504 del Tratado principal (firmado en 17/12/1992 y vigente a partir de 1/1/1994), buscan tan solamente garantizar que los Estados Partes apliquen sus propias leyes de defensa de la competencia y que sus agencias antitrust cooperen para realizar la efectiva aplicación de las mismas. En lo que se refiere al tema de la interacción entre políticas de comercio y de la competencia, el artículo 1504 dispone que será establecido un “Grupo de trabajo sobre comercio y competencia, incluyendo representantes de cada Parte, a fin de informar y efectuar recomendaciones sobre trabajos adicionales según sea apropiado para la Comisión dentro de 5 años de la entrada en vigencia de este Acuerdo sobre asuntos relevantes concernientes a la relación entre leyes de competencia y políticas y comercio en la zona de libre comercio”.

²² El Grupo Andino fue creado por el Acuerdo de Cartagena, de 26.05.1969 y está constituido por Bolivia Colombia Ecuador, Perú y Venezuela. Las principales disposiciones sobre competencia se encuentran en la Decisión No. 285 “Normas para la prevención o corrección de distorsiones en la competencia causadas por prácticas que restringen la libre competencia del 21 de marzo de 1991”. Sus disposiciones, ya en vigencia y colocadas en práctica constantemente, son bastante similares a las del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, que será analizada más abajo. La diferencia principal entre las dos normas es el hecho de que las normas andinas se colocan en práctica por un órgano supranacional. Las normas del Mercosur, si fueren aplicadas, lo serán por órganos intergubernamentales en el cual el poder de veto podrá ser utilizado por cualquier Estado Parte.

²³ Tales normas son consideradas internacionales justamente por aplicarse a casos en involucren dos o más Estados Partes de la Unión Europea.

²⁴ Para un estudio profundizado de tales características, ver de Valentine Korah, la obra *An Introductory Guide to Competition Law and Practice*, Sixth Edition, 1997, Hart Publishing, London.

²⁵ Las normas sobre defensa de la competencia, que ya eran aplicadas en la forma prevista por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, fueron efectivamente diseminadas luego de su inclusión en el Tratado de Roma que creó a la Comunidad Económica Europea. Ver, Umberto Celli Jr., *op. cit.*, p. 51.

la idea de interpenetración entre los varios mercados nacionales. Otra importante innovación fue la de que tal legislación pasó a prohibir también los auxilios estatales que poseían la facultad de desajustar la competencia dentro de la Comunidad Económica Europea de entonces.

Lo que interesa para el presente documento es, no obstante, el contenido de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma²⁶, tanto por su importancia para el proceso de integración regional europeo cuanto por el hecho de que inspiró innumerables normas adicionales de defensa de la competencia – entre ellas la brasileña y la del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur.

El texto de estos artículos dispone lo siguiente:

Artículo 85. 1. Son incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros, y que tengan por objetivo o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común, específicamente ...”

Artículo 86. Es incompatible con el mercado común y prohibido, en la medida en que ello sea susceptible de afectar el comercio entre los Estados Miembros, el hecho de que una o más empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste”.

Además del hecho de que tales artículos poseen, como el resto de la legislación comunitaria, “efecto directo” y primacía sobre el derecho interno de los Estados Partes²⁷, uno de sus aspectos esenciales es lo que quedó conocido como la “*inter-state trade clause*”, esto es, el entendimiento de que se producirá la aplicación de la legislación comunitaria – y no de las legislaciones nacionales – solamente cuando se produzca la susceptibilidad²⁸ de afectación del comercio entre los Estados Miembros de la Unión Europea por una práctica contra la competencia.

De hecho, como lo destacó Richard Whish al citar un trecho de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el caso “*Hugin*”, “[t]he *inter-state trade clause* is therefore of central importance in EEC competition law, since it defines ‘the boundary between the areas covered by Community law and the law of the Member States’”²⁹. [La cláusula mercantil entre estados es consecuentemente de gran importancia para la ley de competencia de la Comunidad Europea, dado que

²⁶ Desde la entrada en vigencia del Tratado de Amsterdam, los artículos 85 e 86 del Tratado de Roma fueron reenumerados para 81 y 82, respectivamente. No obstante, teniendo en cuenta que la mayor parte del material legislativo, jurisprudencial y doctrinario aquí analizado es anterior a dicha alteración, se utilizará la numeración establecida en el Tratado de Roma.

²⁷ Las características principales del Derecho Comunitario fueron establecidas en dos importantes decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el caso *Van Gend en Loos*, El Tribunal de Justicia decidió que las normas comunitarias poseen efecto directo, es decir, crean derechos y obligaciones para los Estados miembros y particulares. Ya en la decisión *Costa v. ENEL* se estableció la primacía del Derecho Comunitario con relación a los ordenamientos jurídicos de sus Estados Miembros.

²⁸ De hecho, en la obra “*Common Market Law of Competition*”, Bellamy e Child resaltan que “*no es necesario establecer que el acuerdo o conducta ha afectado al comercio entre los Estados Miembros; es suficiente demostrar que es capaz de tener un efecto. Debe demostrarse un grado suficiente de probabilidad y la Comisión debe establecer claramente como se aprecia que el comercio pudo verse afectado. Una posibilidad especulativa o artificial no es suficiente, pero un efecto potencial es suficiente*” [traducción no oficial] (Fourth Edition, Edited by Vivian Rose, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 114).

²⁹ Ver “*Competition Law*”, Butterworths, London, Third Edition, 1993, p. 215.

define “el límite entre las áreas cubiertas por la ley comunitaria y la ley de los Estados Partes”]. La afectación del comercio entre los Estados Miembros define, así, el ámbito de acción de la Comisión Europea en el castigo y prevención, a través de su Directorio General de Competencia, de las prácticas contra la misma.

El estudio de la actuación de la Comisión Europea en el área de la defensa de la competencia es, pues, indispensable para la comprensión del éxito de la integración europea³⁰. Por el hecho de poseer la naturaleza de un órgano supranacional, independencia y jurisdicción en todo el territorio del bloque económico, la Comisión Europea no sufre las mismas restricciones a la aplicación de la legislación comunitaria de defensa de la competencia que las autoridades antitrust de los Estados Partes tendrían que enfrentar al aplicar sus legislaciones internas.³¹ Así, además de generar una menor posibilidad de conflictos de jurisdicción entre los Estados Partes, la actuación de la Comisión Europea cuenta, pues, con una efectividad real en el castigo y prevención de prácticas contra la competencia que se produzcan en el territorio de la Unión Europea y en más de uno de sus Estados miembros³². Tal fue la eficacia en la defensa de la competencia que permitió la interpenetración de los mercados nacionales y la existencia de un verdadero mercado común europeo.

4.2. Normas de defensa de la competencia en el Mercosur

El Tratado de Asunción, tratado marco que, el 26.03.1991, dispuso sobre la Creación del Mercado Común del Sur, estableció también, en su Artículo 4º, que “los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales con el objetivo de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”.

Con base en dicho dispositivo, se creó el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, en la ciudad brasileña de Fortaleza³³ el 17.12.1996. Dicho Protocolo fue elaborado con base en las “Pautas Generales de Armonización” contenidas en el anexo de la Decisión nº 21/94 del Consejo Mercado Común y compone el Anexo de la Decisión nº 18/96 del Consejo Mercado Común.

³⁰ De hecho, según Richard Whish, “[e]n la Ley de la CEE generalmente, uno de los objetivos primarios de la Comisión y de la Corte es asegurar que los bienes y servicios pueden venderse a través de la Comunidad, sin estar impedidos por obstáculos al comercio impuestos por Estados Miembros o erigidos por compromisos privados. En particular, la autoridad Comunitaria tratará de asegurar que los mercados nacionales no se tornen vulnerables a las “importaciones paralelas” de otros Estados Miembros: un productor de artefactos puede concordar en vender sus productos solamente para el distribuidor X en Francia, pero no puede ir más allá y concordar en asegurar que nadie más importará jamás sus artefactos en Francia. Esto equivaldría a conferir protección territorial absoluta a X, con el resultado de que no tendría ninguna competencia de marca de parte de artículos paralelos en absoluto. Solamente en rarísimas circunstancias esto sería permitido”. *Op. cit.*, p. 46.

³¹ Es importante resaltar, no obstante, que la actuación de la Comisión Europea sólo se producirá cuando la práctica contra la competencia tenga un “efecto sensible” sobre el comercio intracomunitario. Este criterio, expuesto en la decisión del caso “*Volk v. Vervaecke*” (Proceso 5/69), fue confirmado varias veces, como en el proceso “*Béguelin*”, cuando se decidió que, para que la competencia de la Comisión quedase configurada, “*el acuerdo debe afectar al comercio entre los Estados Miembros y el juego libre de la competencia hasta un punto apreciable*”. Para un análisis de estos criterios, ver Bellamy & Child, *oip. cit.*, pp. 118-125.

³² Nunca está de más resaltar que según la Comisión Europea, “[l]as reglas de la competencia se ocupan solamente de acuerdos o conductas que pueden afectar al “comercio entre los Estados Miembros” La conducta contra la competencia que es puramente nacional en su alcance puede ser controlada bajo las leyes de competencia de los Estados Miembros individualmente considerados. Los acuerdos que no poseen un efecto apreciable sobre la competencia o el comercio entre los Estados Miembros, caen fuera del alcance del Artículo 85 n(1) y no son prohibidos (la doctrina de minimis)”. Ver “*Dealing with the Commission: notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*”, Bruselas, 1998. p. 7. [traducción no oficial]

³³ De allí que el Protocolo también sea conocido como “Protocolo de Fortaleza”.

El principal artículo del Protocolo es el que establece tanto su ámbito de aplicación en cuanto a las prácticas que pretende sancionar:

Art. 4º. Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos, individuales o concertados, sobre cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o tergiversar 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 (el subrayado es nuestro)³⁴.

El Protocolo prevé la existencia de un órgano intergubernamental – el Comité de Defensa de la Competencia– compuesto por los cuatro Estados Partes del proceso de integración y sometido a la Comisión del Comercio del Mercosur, que tendría que refrendar, a través de una Directriz, las recomendaciones emitidas por aquel Comité.

Otros importantes artículos del Protocolo son los siguientes:

Art. 7 º Los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del MERCOSUR y dentro del plazo de 2 años, normas comunes para el control de los actos y contratos, manifestado en cualquier forma, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en la dominación de mercado regional relevante de bienes y servicios, incluso aquellos que resulten en concentración económica, con miras a prevenir sus posibles efectos contra la competencia en el ámbito del Mercosur.

Art. 32. Los Estados Partes se comprometen, dentro del plazo de 2 años a contar de la entrada en vigencia del presente Protocolo, y para fines de incorporación a este instrumento, a elaborar normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o tergiversar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes.

Para este fin, serán tomados en cuenta los avances relacionados al tema de las políticas públicas que tergiversan la competencia y las normas pertinentes de la OMC”.

Debe resaltarse, no obstante, que el Comité de Defensa de la Competencia previsto en el Protocolo no pudo aún ser constituido para aplicar el Protocolo toda vez que el diploma fue internalizado tan sólo por Paraguay y Brasil. Así, a pesar de que, en tesis, es posible invocar el artículo 33 del Protocolo³⁵ para defender su entrada en vigencia para Brasil y Paraguay, el Comité de Defensa de la Competencia –órgano indispensable para la aplicación del Protocolo– se encuentra impedido de funcionar con la presencia de los cuatro Estados Partes³⁶.

³⁴ El Protocolo hace un inventario de manera ejemplificativa en su artículo 6º de una serie de prácticas contra la competencia a las cuales trata de combatir.

³⁵ Tal artículo dispone que el Protocolo “entrará en vigencia treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen y, en el caso de los demás firmantes, en el trigésimo día después del depósito del respectivo instrumento de ratificación”.

³⁶ Vale recordar que el artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto, diploma considerado – juntamente con el Tratado de Asunción – como derecho originario del Mercosur, dispone que “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”. La excepción a esta regla es justamente la relativa a la toma de decisiones del Tribunal Arbitral previsto por el Protocolo de Brasilia y pasible de ser utilizada en la forma también prevista por el Protocolo de Fortaleza.

Cabe señalar, finalmente, que siendo inaplicable, por ahora, el Protocolo de Fortaleza, el legislador, del Mercosur procuró, en la forma del artículo 1º del Tratado de Asunción, continuar realizando la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales (...) a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes” (art. 1º).

Tal esfuerzo, en lo que respecta a la defensa de la competencia, ha sido realizado por medio de la Decisión nº 28/00 del Consejo Mercado Común, que en su Artículo 2º, dispuso lo siguiente:

Art. 2 – Las investigaciones de dumping realizadas por un Estado Parte relativas a las importaciones originarias de otro Estado Parte serán efectuadas de acuerdo con las legislaciones nacionales hasta el 31 de diciembre de 2000, plazo en el cual los Estados Partes analizarán las normas y condiciones en las cuales el tema será reglado en el MERCOSUR.

5. Normas plurilaterales

Existen también normas de cumplimiento voluntario³⁷ sobre Política de la Competencia adoptadas bajo el amparo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE³⁸. Además de poseer cumplimiento voluntario, tales normas, como deja claro uno de los “considerandos” de la Recomendación de 1995 sobre la interacción entre Comercio y Competencia, en nada limitan el derecho de cualquiera de sus Estados Miembros a aplicar su legislación antitrust extraterritorialmente:

Considerando aún que debe estimularse una cooperación más estrecha entre los países Miembros en la forma de notificaciones, intercambio de informaciones, coordinación de acciones, consultas y conciliación, en una base plenamente voluntaria, quedando entendido que dicha cooperación no debería, de ninguna manera, ser interpretada como afectando las posiciones legales de los países Miembros con respecto a cuestiones de soberanía, y en particular la aplicación extraterritorial de leyes relativas a prácticas contra la competencia, cuando pudieren suscitarse.
[traducción no oficial]

Tales recomendaciones fueron inspiradas en acuerdos de cooperación suscritos entre los Estados Miembros de la OCDE. Las principales recomendaciones de la OCDE sobre Política de la Competencia son la de 1998 sobre “*hard core cartels*”³⁹ [prácticas de división de mercado y de fijación de precios] y la de 1995 sobre a interacción entre comercio y política de la competencia⁴⁰, resumidas a seguir por importante estudio de la UNCTAD:

La recomendación de la OECD de 1995 (que reemplaza a una larga serie de instrumentos que recomiendan la cooperación progresivamente más estrecha) brinda la notificación, consultas,

³⁷ En virtud de la ausencia de obligatoriedad, de sanciones y de mecanismos de solución de controversias con decisiones vinculantes, tales recomendaciones son consideradas “*soft law*” (ley blanda).

³⁸ Tales normas son consideradas plurilaterales porque el acceso a la organización sobre la cual fueron suscritas está limitado a poco más de 30 países.

³⁹ El instrumento puede encontrarse en la página, http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/hard_core.htm, visitada en 02/04/2001

⁴⁰ Se trata de la “*Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*” de 27 de julio de 1995. Es el documento C(95)130/Final de la OCDE.

*el intercambio de información no confidencial y confidencial, (sujeta a salvaguardas) la coordinación de investigaciones, asistencia en la investigación, cortesía tradicional y positiva, consultas y un mecanismo de conciliación a fin de solucionar controversias. La recomendación de 1998 estimula la cooperación y la cortesía específicamente respecto de la aplicación contra carteles recalcitrantes, y fomenta la transparencia y las revisiones periódicas relacionadas con carteles eximidos*⁴¹. [traducción no oficial]

A pesar de no poseer cumplimiento obligatorio, las recomendaciones de la OCDE cumplen un importante papel al sugerir normas modelo que facilitan la armonización entre la legislación de sus Estados Miembros y que permiten incluso que países no miembros de la OCDE se inspiren en ellas para la creación de sus propias legislaciones de defensa de la competencia. Es el caso de Brasil, que se basó en recomendación de la OCDE para crear la Resolución n° 15 del CADE, que versa sobre la notificación de Actos de Concentración Económica.

6. Normas multilaterales

Existen dos organizaciones que poseen normas multilaterales de defensa de la competencia, la UNCTAD y la OMC.

La UNCTAD (sigla en inglés de La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo) creó, en 1980, el “*Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*”⁴². Tal diploma es también considerado como una “norma blanda” y posee las mismas características de las recomendaciones de la OCDE.

Las principales diferencias entre el *RBP Set*, como quedó conocido, y las normas de la OCDE es que aquél, por haber sido creado en el ámbito de la UNCTAD, una institución multilateral, posee, en principio, la posibilidad de ser adoptado por un mayor número de países; otra diferencia entre tales normas es que, como ocurre con las demás legislaciones creadas en el ámbito de la UNCTAD, existe un énfasis en la necesidad de ayuda a los países en desarrollo para la creación y aplicación de las leyes de la competencia.

Esa última diferencia resulta clara, por ejemplo, en el artículo que versa sobre la posibilidad de consultas entre países afectados por prácticas internacionales contra la competencia:

4. Consultas: (a) cuando un Estado, particularmente un país en desarrollo, considera que la consulta con otro Estado o Estados resulta apropiada con relación a un asunto relativo al control de las prácticas comerciales restrictivas, puede requerir la consulta con dichos Estados con miras a encontrar una solución mutuamente aceptable. Cuando sea realizada una consulta, los Estados involucrados pueden requerir al Secretario General de la UNCTAD para que brinde facilidades mutuamente acordadas para la conferencia con destino a dicha consulta. [traducción no oficial]

A pesar de poseer el beneficio de poder ser utilizado por un mayor número de países, lo cual en principio disminuye los costos de su utilización con relación a otras normas, el *RBP Set* no alcanzó aplicación generalizada.

⁴¹ UNCTAD, *Experience gained so far*, p. 13

⁴² Ver el instrumento en la página <http://www.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/CPSset/cpset.htm>, visitada en 02/04/2001.

Los acuerdos aplicados hoy en día por la Organización Mundial del Comercio (OMC) poseen también normas dispersas, que pueden ser interpretadas como aplicables a la defensa de la competencia. Hasta el momento, no obstante, tal aplicación solamente se ha referido a casos típicos de comercio internacional, razón por la cual muchos países han sugerido la inclusión de normas específicas sobre defensa de la competencia en el ámbito de una Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

Tales normas dispersas sobre prácticas contra la competencia existen tanto en el ámbito del propio GATT⁴³ cuanto en los acuerdos más recientes conocidos por las siglas GATS (*General Agreement on Trade in Services*), TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) y TRIMS (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*)⁴⁴. Según fuera resaltado, ninguna de tales normas, no obstante, se refiere explícitamente a la defensa de la competencia (y a los métodos y terminología que les son propios), ni van allá de recomendar que los países sede de empresas inmersas en una práctica contra la competencia traten de resolver sus conflictos a través de negociaciones directas y voluntarias⁴⁵.

7. Discusiones actuales sobre defensa de la competencia

Existen, como no podría dejar de ser, varias normas sobre defensa de la competencia siendo negociadas en estos momentos. El presente trabajo se concentrará sobre la discusión para la creación de las siguientes normas de defensa de la competencia: las que podrán surgir en el ámbito del proceso que tiende a crear un acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Mercosur, las negociadas en el ámbito del proceso que podrá establecer la ALCA, las que podrán ser tratadas en una futura Ronda de Negociaciones Multilaterales en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio y, por fin, las que, sugeridas por los Estados Unidos, constituirían una “*global competition initiative*”.

7.1. Mercosur- Unión Europea

Los dos bloques económicos poseen un Acuerdo Marco del 15.12.1995 que dispone sobre la posibilidad de creación, entre otros objetivos, de una zona de libre comercio entre ellos. Se trata, en verdad, de la primera negociación de integración entre bloques económicos (el acuerdo habla de una “Asociación Interregional”).

Entre los temas que serán objeto de cooperación está justamente la política de la competencia⁴⁶, lo

⁴³ Entre tales normas, por ejemplo, está el Artículo II, párrafo 4, que se refiere a monopolios nacionales: “Si cualquier Parte Contratante establece, mantiene o autoriza, formalmente o en efecto, un monopolio de la importación de cualquier producto descrito en el Inventario anexo a este Acuerdo, tal monopolio no regirá, excepto si así lo dispusiera el Inventario o de cualquier manera acordado entre las partes que inicialmente negociaron la concesión, de manera de brindar protección sobre el promedio en exceso del grado de protección brindado por el Inventario”.

⁴⁴ Ver el documento de la OCDE titulado *Competition Elements in International Trade Agreements: A Post-Uruguay Round Overview of WTO Agreements*, disponible en http://www.oecd.org/daf/clp/trade_competition/wto01.pdf, visitado en 12.08.01.

⁴⁵ Ver, de Sanoussi Bilal e Marcelo Olarreaga, *Is there a need for an International Competition Policy Agreement?*, p. 10, disponible en <http://eipa-nl.con/public/publications/current-books/WorkingPapers/98w02.pdf>, página visitada en 18.08.01. Según destacan los autores, “La mayoría de los autores concuerda en que existen varios vacíos y aberturas en las reglas de la OMC con relación a conductas privadas contra la competencia. Observar los siguientes ejemplos: Primeramente, la reciente fusión Boeing-McDonnell Douglas estuvo claramente fuera del alcance de las normas de la OMC y la aplicación de las cláusulas de extraterritorialidad puede conducir a una guerra comercial sin un mecanismo de solución de controversias internacionales. La naturaleza de los derechos anticumping brinda un segundo ejemplo”.

⁴⁶ El artículo 5º, inciso 3 del Tratado dispone que “3. En particular, esta cooperación abarcará principalmente los siguientes ámbitos: a) el acceso al mercado, la liberalización comercial, (barreras arancelarias y barreras no

que no causa sorpresa dada la importancia de la materia en experiencias de integración regional. De hecho, el Tratado dispone, en su artículo 11, sección 2, literal “c” que una de las maneras de aumentar la cooperación entre los bloques será “identificar y eliminar obstáculos a la cooperación industrial entre las Partes mediante medidas que fomenten el respeto de las leyes de la competencia y promuevan su adecuación a las necesidades del mercado, teniendo en cuenta la participación y la concertación entre los operadores”.

El tema de la defensa de la competencia continúa siendo tratado en el ámbito de las reuniones del Comité de Negociaciones Birregionales Mercosur–Unión Europea (CNB). En la última reunión de este Comité, realizada del 2 al 6 de julio en Montevideo, Uruguay, las partes concordaron en lo que se refiere al siguiente proyecto de texto conjunto sobre cooperación en materia de defensa de la competencia:

Las Partes deberán proporcionar asistencia técnica mutua para beneficiarse de sus respectivas experiencias y para fortalecer la implementación de sus leyes y políticas de competencia.

La cooperación técnica en asuntos de competencia incluirá las siguientes actividades:

- a. capacitación de funcionarios oficiales del MERCOSUR y agencias de competencia de sus Estados Miembros con miras a expandir sus experiencias profesionales;
- b. apoyo a las instituciones de competencia del MERCOSUR y sus Estados Miembros;
- c. seminarios y estudios de leyes y políticas de competencia para facilitar un programa de intercambio de información y práctica;

Las modalidades para la cooperación institucional se encuentran en el Anexo XXX del Acuerdo y complementan lo que ha sido mencionado previamente”.

Además, corresponde señalar que continúan realizándose en el ámbito del CNB las negociaciones referentes a la inclusión de normas interregionales de competencia en el Tratado que establecerá la zona de libre comercio entre ambos bloques económicos.

7.2 ALCA

El proceso de negociación para crear el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) también prevé la necesidad de discutir las normas inherentes a la defensa de la competencia para el Hemisferio.

En la Reunión Ministerial realizada en San José de Costa Rica, se estableció un objetivo general para el Grupo Negociador sobre la Política de la Competencia del ALCA, que consiste en “garantizar que los beneficios del proceso de liberalización del ALCA no se vean perjudicados por prácticas empresariales anticompetitivas”. El mismo Grupo Negociador también posee los siguientes objetivos específicos:

Avanzar en dirección al establecimiento de una cobertura jurídica e institucional de ámbito nacional, subregional o regional que proscriba el ejercicio de prácticas empresariales contra la competencia.

Desarrollar mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de políticas de competencia y garanticen el cumplimiento de los reglamentos relativos a la libre competencia entre los países del hemisferio y en su interior.

Continúan realizándose en el ámbito del Grupo Negociador las tareas para el desarrollo de las normas y mecanismos sobre la política de la competencia. Actualmente, el Grupo también se está dedicando a

arancelarias), y disciplinas comerciales, tales como, prácticas restrictivas de la competencia, normas de origen, salvaguardias, regímenes aduaneros especiales, entre otras” (el subrayado es nuestro).

implementar el mandato que le ha sido conferido por la Declaración Ministerial de Buenos Aires, del 7 de abril de 2001:

Instruimos al Grupo de Negociación sobre Política de Competencia a intensificar esfuerzos para resolver los cuatro cuestionamientos para investigación contenidos en la Propuesta de Trabajo Posterior del Comité Tripartito sobre el Estudio de Política de Competencia en las Economías Menores y Economías sin Regímenes de Competencia (FTAA.ngcp/w/56/Cor.1), de acuerdo con una metodología de trabajo acordada.

Instruimos al Grupo de Negociación sobre Política de Competencia a identificar, con base en el Estudio Antidumping y Acuerdos de Comercio Regionales (documento FTAA.ngcp/inf/17/Cor.2), aspectos relevantes que merezcan mayor consideración por el Comité de Negociaciones Comerciales, y a presentar al Comité de Negociaciones *Comerciales sus resultados en el plazo del 1º de abril de 2000.*

7.3 *Global Competition Initiative (Iniciativa de la Competencia Global)*

Debe destacarse también la iniciativa de la competencia global (*Global Competition Initiative*) sugerida el año pasado por el gobierno de los EUA a través del que en ese entonces era responsable por la División Antitrust del Departamento de Justicia.

Dicha propuesta, divulgada el 14 de septiembre de 2000 en la Conferencia que conmemoró los 10 años de la legislación comunitaria del control de las fusiones y adquisiciones, parte de la premisa de que los organismos internacionales existentes no son adecuados para tratar sobre las normas de defensa de la competencia. Consecuentemente, se propuso comenzar una tarea de levantamiento de informaciones para crear un foro internacional con el objetivo específico de buscar la cooperación entre las autoridades nacionales de defensa de la competencia que funcione en la forma transcripta a seguir, sugerida por el ya citado *International Competition Policy Advisory Committee*:

Tal como lo prevé el Comité Asesor, la Iniciativa de la Competencia Global debe ser inclusiva respecto de sus miembros, abierta a las naciones desarrolladas y en desarrollo, y amplia, o al menos abierta en la posibilidad de amplitud, en su tratamiento de áreas puntuales; debería también dar espacio para el sector privado, las ONG y otras partes interesadas para que jueguen su papel. La Iniciativa debería adoptar la forma de una serie de consultas intergubernamentales parecido a las reuniones de los ministros de economía de las naciones del Grupo de los Siete, conocidos como el G-7, pero con menos formalidad y tal vez con mayor frecuencia de reuniones. Se podrían dedicar las reuniones anuales o semestrales como parte de la Iniciativa de la Competencia Global a las oportunidades de que los agentes *antitrust* intercambien puntos de vista y experiencias sobre aplicación de normas contra los carteles, revisión de fusiones, cooperación para la aplicación [de la ley], herramientas analíticas, asistencia técnica y otros asuntos relacionados a la aplicación de medidas antitrust. El G-7 es un modelo atractivo pues demuestra que los países pueden crear mecanismos para intercambiar puntos de vista y tratar de desarrollar consenso sobre asuntos económicos sin invertir en personal permanente (aunque sea necesario contar con apoyo de parte de las organizaciones internacionales y de los gobiernos). Este concepto no pretende crear una nueva y extensa burocracia. En vez de ello, su ambición central es permitir que las naciones interesadas inicien un proceso que puede construirse a través del tiempo. [traducción no oficial]

El principal alcance de este nuevo foro internacional sería, por ende, fomentar el diálogo entre agencias nacionales de defensa de la competencia y otras partes interesadas con el propósito de elaborar leyes y análisis de defensa de la competencia más convergentes y basadas en una cultura de la competencia.

El informe del ICPAC también sugiere que las futuras discusiones que se realicen en el ámbito del foro podrían tratar las siguientes propuestas:

Multilateralizar y profundizar la cortesía positiva;

Llegar a un acuerdo sobre las disciplinas de consenso identificadas en el Capítulo 2 con relación a las mejores prácticas sobre leyes de control de fusiones y desarrollar principios de consenso similares a la reciente recomendación de la OCDE sobre carteles recalcitrantes; considerar y desarrollar disciplinas para definir las acciones de los gobiernos; por ejemplo en área con potencial de diseminación negativa tales como carteles exportadores, que requieren una mayor cooperación y consulta internacional;

Considerar y revisar la amplitud de las exenciones e inmunidades gubernamentales que separan a los mercados de la competencia alrededor del mundo;

Considerar enfoques a control fusiones multinacionales que tengan como mira racionalizar sistemas para notificación y revisión de fusiones antitrust;

Considerar temas fronterizos que son esencialmente globales tales como comercio electrónico, que creará nuevos desafíos para los creadores de normas alrededor del mundo;

Asumir un análisis colaboracionista de asuntos tales como carteles globales; bloqueo de mercados, restricciones privadas y gubernamentales; y

Posiblemente asumir algún servicio de mediación en disputas e incluso asistencia técnica.

7.4 OMC

Digno de mención, por último, es el hecho que una discusión sumamente importante sobre la defensa de la competencia se está realizando en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio que, desde 1996, después de la Declaración Ministerial de Singapur, creó el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre el Comercio y la Política de Competencia. De hecho, el párrafo 20 de dicha Declaración⁴⁷, emitida el 13 de diciembre de 1996, dispone lo siguiente:

20. Con relación a las disposiciones de la OMC existentes sobre asuntos relacionados a la inversión y a la política de competencia y a la agenda elaborada en estas áreas, incluyendo el Acuerdo TRIM, y en el entendimiento de que la labor asumida no prejuzgará si las negociaciones serán iniciadas en el futuro, también concordamos en:

establecer un grupo de trabajo para examinar la relación entre comercio e inversión; y

establecer un grupo de trabajo para estudiar asuntos levantados por los Miembros con relación a la interacción entre comercio y reglas de competencia, incluyendo prácticas contra la competencia, a fin de identificar cualquier área que venga a merecer un estudio adicional en el marco de la OMC⁴⁸. [traducción no oficial]

⁴⁷ La declaración constituye el documento WT/MIN(96)/DEC.

⁴⁸ El mismo párrafo 20 dispone aún que “Estos grupos recurrirán al trabajo de cada uno de los otros si fuera necesario y también se servirá sin perjuicio del trabajo en UNCTAD y otros foros intergubernamentales apropiados. En lo que respecta a UNCTAD, damos la bienvenida al trabajo que se está realizando según consta en la Declaración Midrand y la contribución que puede hacer para la comprensión de los asuntos. En la conducta de la tarea de los grupos de trabajo, estimulamos la cooperación con las organizaciones citadas arriba a fin de hacer el mejor uso de los recursos disponibles y asegurar que la dimensión de desarrollo se toma totalmente en cuenta. El Consejo General mantendrá la labor de cada cuerpo sujeto a revisión, y determinará, transcurridos dos años, cómo debe proseguir la tarea de cada cuerpo. Se entiende con claridad que las negociaciones futuras, si las hubiere, con relación a las disciplinas multilaterales en estas áreas, tendrán lugar solamente después de llegar a un consenso explícito entre los Miembros de

Actualmente, el Grupo de Trabajo viene buscando deshacerse de las tareas solicitados por el Consejo General de la OMC en diciembre de 1998, en los términos siguientes:

El Consejo General decide que el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Regla de Competencia deberá continuar la labor educativa que ha estado llevando a cabo de acuerdo con el párrafo 20 de la Declaración Ministerial de Singapur. En vista del limitado número de reuniones que el Grupo podrá celebrar en 1999, el Grupo de Trabajo, al mismo tiempo que continua en cada reunión a basar su trabajo en el estudio de las cuestiones levantadas por los Miembros con relación a la interacción entre comercio y política de la competencia, incluyendo prácticas contra la competencia, se beneficiaría de una discusión centrada en: (i) la importancia de los principios fundamentales de la OMC de tratamiento nacional, transparencia, y tratamiento de la nación más favorecida para la política de competencia y viceversa; (ii) perspectivas para promover la cooperación y la comunicación entre los Miembros, incluyendo el área de cooperación técnica; y (iii) la contribución de la política de competencia para lograr los objetivos de la OMC, incluyendo el fomento del comercio internacional. El Grupo de Trabajo continuará asegurando que la dimensión del desarrollo y la relación con la inversión deben tenerse plenamente en cuenta. Se entiende que esta decisión se toma sin perjuicio de alguna decisión futura que pueda ser adoptada por el Consejo General, incluida en el contexto de su actual programa de trabajo⁴⁹.

El Grupo de Trabajo, conforme se desprende del Informe de 2000 sobre sus actividades⁵⁰, ya realizó amplios estudios sobre defensa de la competencia y sobre la conveniencia o no de incluir normas específicas sobre el asunto en el ámbito de la OMC, no habiendo sido adoptada todavía ninguna conclusión sobre la cuestión.

El tema formará parte de la agenda de la OMC en octubre de este año cuando, con motivo de la Reunión Ministerial de Doha, Catar, se decidirá sobre el lanzamiento o no de una nueva Ronda de Negociaciones Multilaterales.

la OMC con relación a tales negociaciones”.

⁴⁹ Ver, en dicho sentido, el documento WT/GC/M/32, p. 52.

⁵⁰ Se trata del documento WT/WGTCP/4, del 30 de noviembre de 2000.

