



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/11
31 de marzo de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Ginebra, 7 de junio de 1999
Tema 3 ii) del programa provisional

EXPERIENCIA ADQUIRIDA HASTA LA FECHA EN MATERIA DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL SOBRE CUESTIONES DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y
LOS MECANISMOS UTILIZADOS

Informe de la secretaría de la UNCTAD

ÍNDICE

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1 - 3	4
I. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA	4 - 23	5
A. Resumen	4	5
B. Acuerdos de cooperación en la aplicación de las leyes de competencia	5 - 7	5
C. Acuerdos bilaterales que afectan a las leyes de competencia	8 - 10	7
D. Acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes	11 - 20	8
E. Instrumentos multilaterales y plurilaterales .	21 - 23	14

ÍNDICE

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	24 - 37	17
A. Generalidades	24	17
B. Cooperación entre la Unión Europea y los Estados Unidos	25 - 27	17
C. Obstáculos a la cooperación y factores que la facilitan	28 - 30	20
D. Países en desarrollo, agrupaciones regionales y el Conjunto de principios y normas	31 - 37	23

Anexos

1. Acuerdos bilaterales sobre aplicación del derecho de la competencia		32
2. Selección de acuerdos de libre comercio, unión aduanera o mercado común que contienen disposiciones sobre el derecho y la política de la competencia		33
3. Instrumentos multilaterales y plurilaterales relativos al derecho y a la política de la competencia		36

Resumen

El presente informe se centra en tres tipos de instrumentos internacionales que tienen relación con el derecho y la política de la competencia, a saber: acuerdos bilaterales de cooperación en la aplicación de las leyes de competencia; acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes; e instrumentos multilaterales. El cumplimiento de estos acuerdos ha ayudado a minimizar los conflictos entre los gobiernos y a facilitar el cumplimiento de las normas. Sin embargo, se han suscitado algunas preocupaciones que frenan el ulterior desarrollo de la cooperación en la aplicación de esos acuerdos. Además, los países en desarrollo no han participado hasta el momento significativamente en esta cooperación. Para superar esos obstáculos y promover la participación de los países en desarrollo será necesario establecer gradualmente una confianza mutua, pasando de unos acuerdos sencillos de cooperación a unos acuerdos más complejos.

Si existiera una cooperación equilibrada entre los países en desarrollo, éstos dispondrían de una experiencia útil y lograrían más fácilmente una cooperación fructífera con interlocutores más avanzados. Los acuerdos de libre comercio o los mercados comunes pueden ser un marco favorable para ese fin, pero habrán de adaptarse en consecuencia las normas, instituciones y mecanismos regionales y habrá de asegurarse un cierto grado de compatibilidad entre los regímenes de competencia a escala nacional, subregional e interregional. El mecanismo de consultas establecido en virtud del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas puede ser útil para debatir cómo puede lograrse ese fin y cuál podría ser el equilibrio adecuado entre la convergencia de las leyes y políticas de competencia y su diversidad; también podría promover la cooperación en casos concretos. Estas consultas podrían generar aportaciones a los debates en curso o a las futuras negociaciones en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

INTRODUCCIÓN

1. En noviembre de 1997, la Reunión de Expertos en derecho y política de la competencia, pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara un informe preliminar de un estudio sobre la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados¹. En respuesta a ello, el informe preliminar se presentó en el primer período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, celebrado los días 29 a 31 de julio de 1998, en el que también se pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara un informe sobre el mismo tema, para su examen en la siguiente reunión del Grupo, teniendo en cuenta los comentarios y la información que había de recibirse de los Estados miembros antes del 31 de enero de 1999². El presente informe ha sido preparado en respuesta a esa petición.

2. A los efectos del presente estudio, se interpreta en un sentido amplio la cooperación internacional en la esfera del derecho y la política de la competencia, que abarca: a) la cooperación destinada a evitar conflictos entre gobiernos o a facilitar la aplicación de las normas contra las prácticas comerciales restrictivas (principio que es recíproco); b) asistencia técnica para aprobar, reforzar o aplicar leyes y políticas de competencia, facilitada por los países que tienen más experiencia en este dominio a los que tienen menos; y c) promoción de la convergencia o armonización de las leyes y políticas de competencia. Sin embargo, el presente estudio se centra principalmente en el apartado a) (en el documento TD/B/COM.2/CLP/12 se examina la experiencia en el área de la asistencia técnica).

3. La cooperación internacional en esta esfera puede producirse bien de forma informal o bien en virtud de la aplicación de un instrumento internacional (el término "instrumento" se interpreta en el presente caso que abarca tanto los tratados y acuerdos jurídicamente vinculantes como las recomendaciones o los compromisos no vinculantes). En el capítulo I se describen distintos tipos de instrumentos bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales de cooperación que afectan al derecho y la política de competencia. En el capítulo II se describe la experiencia adquirida en materia de cooperación en cuestiones de derecho y política de competencia. Se analizan los factores que han facilitado la cooperación o la han hecho más difícil y se presentan sugerencias sobre la forma en que puede desarrollarse esta cooperación. Por último, en los tres anexos del presente estudio figuran listas selectivas de los tres tipos de instrumentos del derecho y la política de la competencia, a saber: acuerdos bilaterales de aplicación de una legislación de competencia; acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes; e instrumentos multilaterales y plurilaterales. Sólo se recogen instrumentos que están actualmente en vigor, en un orden cronológico aproximado.

Capítulo I

INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

A. Resumen

4. En el presente capítulo se distinguen los siguientes seis tipos de instrumentos internacionales en materia de derecho y política de la competencia: a) acuerdos bilaterales de cooperación en la aplicación de las leyes de competencia; b) tratados bilaterales de asistencia judicial mutua, que se aplican cuando se plantean casos penales antimonopolio y otros casos penales; c) tratados de amistad, comercio y navegación concluidos entre los Estados Unidos y otros países, que incluyen cláusulas de cooperación en asuntos antimonopolio; d) acuerdos bilaterales de cooperación técnica en la reglamentación económica, con inclusión del derecho y la política de competencia; e) acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes, incluidos los acuerdos regionales, subregionales o bilaterales concluidos en un marco regional y que abarcan el derecho y la política de la competencia como un elemento de una relación más amplia; y f) instrumentos multilaterales, tanto si tienen jurídicamente carácter vinculante como en caso contrario, tanto si son de aplicación universal como si tienen un carácter plurilateral, y tanto si abarcan distintas cuestiones como si se centran expresamente en el derecho y la política de la competencia. En la práctica, las fronteras entre estas distintas categorías de instrumentos son muchas veces borrosas, y al mismo tiempo otros instrumentos que aquí no se mencionan pueden también tener algunas repercusiones en el derecho y la política de la competencia. A continuación se describen algunas disposiciones típicas de estos acuerdos y las características más sobresalientes de algunos acuerdos concretos. Cada tipo de instrumento es abordado en una sección diferente del presente capítulo, salvo los tipos b), c) y d), que están agrupados en la misma sección ya que tienen en común el hecho de que abordan la cooperación en materia de derecho de competencia como uno de los elementos integrantes de un acuerdo bilateral de cooperación más amplio.

B. Acuerdos de cooperación en la aplicación de las leyes de competencia

5. Como puede verse en el anexo I, los Estados Unidos son parte en la mayoría de los acuerdos de este tipo (el Japón y los Estados Unidos están celebrando actualmente conversaciones para establecer un acuerdo de cooperación en actividades antimonopolio). Está pendiente de ratificación un acuerdo entre la Unión Europea y el Canadá. Merece la pena señalarse que ningún país en desarrollo es parte en ninguno de estos acuerdos. Entre las disposiciones típicas de muchos de estos acuerdos cabe mencionar: obligación de notificar las medidas adoptadas para aplicar las leyes y políticas de competencia que afecten a intereses importantes de la otra parte; compromiso de tener en cuenta los intereses importantes de las otras partes al investigar o aplicar medidas reparadoras contra las prácticas comerciales restrictivas (compromiso tradicional de cortesía); celebración de consultas para resolver conflictos entre las respectivas leyes, políticas e intereses

nacionales de las partes; adopción de medidas coordinadas con respecto a las prácticas comerciales restrictivas conexas que se produzcan en ambos países; posibilidad de solicitar asistencia para realizar investigaciones, cuando las prácticas comerciales restrictivas en el territorio de la parte a la que se solicita asistencia estén influyendo negativamente sobre intereses importantes de la parte que solicita la asistencia; solicitudes de aplicación de una orden de una parte en el territorio de la otra parte; y el compromiso (sometido a la compatibilidad con la legislación nacional y los intereses nacionales importantes, y a la disponibilidad de recursos) de examinar seriamente las peticiones de asistencia para realizar investigaciones o de aplicación de normas, con inclusión de la entrega de información no confidencial y, en algunos casos, de información confidencial (bajo medidas de salvaguardia). Los acuerdos de este tipo más antiguos generalmente se interesan más por evitar o solucionar los conflictos entre gobiernos que generan las actuaciones destinadas a dar cumplimiento a las normas (especialmente si se trata de actuaciones extraterritoriales), mientras que la generación más reciente, aunque todavía pretenda seguir evitando conflictos, muchas veces tiene además por objetivo adoptar medidas internacionales coordinadas contra las prácticas comerciales restrictivas.

6. Estos dos objetivos (evitar conflictos y colaborar contra las prácticas comerciales restrictivas) pueden estar interrelacionados. Por ejemplo, algunos acuerdos recientes establecen el compromiso de "cortesía positiva" según el cual las autoridades encargadas de la competencia en un país considerarán seriamente las solicitudes que les dirijan las autoridades de otro país de que inicien o amplíen las actuaciones contra unas prácticas comerciales restrictivas que tengan origen en su territorio y que tengan consecuencias negativas sobre intereses importantes del otro país. La respuesta a estas solicitudes sigue siendo voluntaria; en cambio, el país que hace la solicitud retiene el derecho de iniciar o restablecer medidas para lograr el cumplimiento de las normas. También se reconoce expresamente en estos acuerdos que puede ser conveniente realizar investigaciones paralelas cuando los dos mercados resulten dañados. El primer acuerdo bilateral sobre competencia que incluye disposiciones de cortesía positiva es el acuerdo entre los Estados Unidos y la Comisión de las Comunidades Europeas, de 1991, con el complemento del acuerdo de 1998 entre las mismas partes (que no se aplica a las fusiones de empresas), que introduce un "compromiso superior de cortesía positiva", es decir, la presunción de que las autoridades encargadas de la competencia de la parte afectada aplazarán o suspenderán las actuaciones destinadas a dar cumplimiento a sus normas si no están directamente perjudicados sus consumidores o si las actividades anticompetitivas se producen principalmente en el territorio de la otra parte o están orientadas principalmente hacia su territorio (están obligados por este acuerdo los organismos federales encargados de la aplicación de las normas de los Estados Unidos, pero no los tribunales). Cada una de las Partes se compromete a destinar los recursos adecuados y toda la diligencia posible a investigar las cuestiones que se le remitan e informar a las autoridades encargadas de la competencia de la otra parte, a petición suya o a intervalos razonables, sobre la tramitación de los casos. En la práctica, el compromiso de cortesía positiva aparentemente entra en juego sobre todo si la parte solicitante pretende proteger su comercio de exportación, disminuyendo en estos casos el recurso a medidas extraterritoriales. Aunque

no sea necesario, para presentar una petición, que las leyes de competencia del país solicitante hayan sido infringidas, para que ésta se considere será necesario que se infrinja la legislación de competencia del país al que se dirige la solicitud; por eso, el compromiso de cortesía positiva no permite, por ejemplo, que se adopten medidas contra los cárteles de exportación.

7. Sin embargo, esta limitación no tiene por qué influir en la prestación de asistencia en investigaciones. Las autoridades federales de competencia de los Estados Unidos están autorizadas por la Ley de asistencia internacional en la aplicación de las normas contra los monopolios (bajo la condición de reciprocidad de trato y con exclusión de las fusiones de empresas) a concluir acuerdos internacionales que establezcan la posibilidad de intercambiar información confidencial en casos concretos (siempre que se cumplan ciertas condiciones) y utilizar medidas coercitivas para acceder a información a petición de una autoridad en materia de competencia de un país que tenga intereses nacionales importantes afectados por actos anticompetitivos organizados en los Estados Unidos, aunque tales actos no sean ilegales de conformidad con la legislación estadounidense. El único acuerdo concluido hasta el momento en estos términos es el acuerdo de 1997 entre los Estados Unidos y Australia.

C. Acuerdos bilaterales que afectan a las leyes de competencia

8. La cooperación en los casos penales antimonopolio puede producirse a través de acuerdos bilaterales de asistencia judicial mutua, aplicables a los asuntos penales en general. Aunque los Estados Unidos han concluido acuerdos de este tipo con varios países, el único que ha dado lugar a una cooperación en la lucha contra los monopolios ha sido el Tratado entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de asistencia judicial mutua en asuntos penales (1990). Este acuerdo prevé, entre otras cosas, la posibilidad de obtener pruebas referentes a posibles delitos (con inclusión del uso de medidas coercitivas, como mandamientos de registro) y de compartir información confidencial (bajo la condición de que se establezcan medidas de salvaguardia contra su divulgación).

9. Los tratados de amistad, comercio y navegación concluidos por los Estados Unidos y otros países contienen cláusulas referentes a la cooperación en la aplicación de las leyes de competencia. De conformidad con el acuerdo de 1954 entre Alemania y los Estados Unidos, por ejemplo, los dos Gobiernos acuerdan celebrar consultas, a petición de cualquiera de ellos, con respecto a las prácticas comerciales restrictivas que tengan efectos perjudiciales para el comercio entre sus respectivos territorios y adoptar las medidas que consideren adecuadas, y que no estén prohibidas por su legislación, para eliminar esos efectos perjudiciales. No obstante, hace ya muchos años que no se han concluido tratados de este tipo entre los Estados Unidos y otros países.

10. También existen acuerdos bilaterales que organizan la prestación de asistencia técnica en la esfera del derecho de competencia integrándola en el marco de la asistencia prestada con respecto a otras formas de reglamentación económica. De conformidad con un acuerdo de cooperación técnica firmado en 1992 por la Dirección General del Consumo y la Represión de Fraudes de

Francia (DGCCRF) y la Dirección General del Consumo (DGC) del Gabón, por ejemplo, los dos organismos se comprometen a cooperar en esferas tales como la política de competencia, la protección del consumidor, la competencia desleal, la calidad y seguridad de los productos y el control de precios. En cumplimiento de este acuerdo, la DGC del Gabón ha enviado personal a centros dependientes de la DGCCRF para recibir cursos de formación, de corta o larga duración, inicialmente en la esfera del control de precios y actualmente en la esfera del derecho de competencia.

D. Acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes

11. Estos acuerdos, que tienen muchas veces un carácter regional, establecen derechos y obligaciones de diferente intensidad y con distinto nivel de detalle en función del grado de integración previsto por las partes, que hacen referencia, entre otras cosas, a lo siguiente: adopción o mantenimiento y aplicación efectiva de leyes y políticas de competencia; establecimiento de normas de competencia aplicables al comercio entre las partes, lo que a veces supone la exclusión conexas de las medidas antidumping y/o compensatorias; armonización sustancial de las leyes de competencia; control de las subvenciones; control de las medidas discriminatorias o de otro tipo de las empresas estatales o las empresas con derechos especiales o exclusivos; aplicación de normas comunes por las instituciones supranacionales; consultas entre las instituciones nacionales y supranacionales encargadas del cumplimiento de las normas y entre las instituciones nacionales, y coordinación de las mismas; solución de conflictos; y asistencia técnica³. Una diferencia fundamental entre estos acuerdos y los tipos de acuerdos bilaterales a que antes se hizo referencia es que los primeros incluyen normas sustantivas de competencia, y no sólo normas de procedimiento para mantener la cooperación. El sistema regional más avanzado de normas de competencia es el de la Unión Europea, que también representa el centro de una red de acuerdos con países vecinos que suponen distintos grados de intensidad en la cooperación en materia de derecho y política de la competencia. El sistema de cooperación dentro de la Unión Europea también parece servir de modelo para algunos grupos subregionales de África y América Latina, aunque con algunas variantes. Un modelo alternativo es el que ofrece el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que prevé un grado de cooperación mucho menos intenso. La cooperación prevista en la región de Asia y el Pacífico es todavía menos intensa hasta el momento, salvo la estrecha colaboración entre Australia y Nueva Zelanda en esta esfera.

12. La Unión Europea cuenta con normas supranacionales de competencia (referentes a las prácticas comerciales restrictivas, las empresas públicas y las empresas que disponen de derechos especiales o exclusivos, y a las subvenciones), que el Tratado de Roma vincula con el objetivo fundamental de establecer un mercado común. Estas normas son aplicables a las prácticas que afectan al comercio entre los Estados miembros, aunque se produzcan en un solo país de la Unión Europea o en una zona dentro de un país. Estas normas prevén: la coexistencia entre las leyes de competencia nacionales y de la Unión Europea, bajo la primacía de esta última; un sistema para definir las competencias de la Unión Europea y de las autoridades y tribunales nacionales

encargados de la competencia (que también pueden aplicar la legislación de la Unión Europea), con el fin de equilibrar la subsidiariedad y la uniformidad del régimen de competencia dentro de la Unión Europea; cooperación en la investigación o evaluación de prácticas; intercambio de documentación (incluida información confidencial); representación en las audiencias; comunicación de opiniones sobre proyectos de decisión; y transmisión de información o de decisiones sobre cuestiones de hecho o de derecho de las instituciones de la Unión Europea a las instituciones nacionales. Las autoridades encargadas de la competencia de Francia, Alemania y el Reino Unido han dado recientemente un paso adelante en la cooperación, al haber establecido un procedimiento único de notificación de las fusiones que se produzcan dentro de la jurisdicción de dos de estas autoridades por lo menos. Se excluye la adopción de medidas antidumping o compensatorias entre miembros de la Unión Europea. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero contiene medidas sectoriales especiales.

13. En virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), concluido por la Unión Europea y la mayoría de los países de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC), todas las prácticas que pueden influir en el comercio y la competencia entre los participantes en el EEE están sometidas a unas normas que son prácticamente idénticas a las que impone la legislación de competencia de la Unión Europea. Tanto la Comisión Europea como el Órgano de Vigilancia de la AELC tienen autoridad supranacional sobre las prácticas que afectan al comercio dentro del EEE (existen normas para la separación de jurisdicciones entre ellos). El Acuerdo contiene disposiciones que establecen el intercambio de información (aplicables incluso a la información confidencial), consultas (incluida la comunicación de opiniones de un órgano para incluirlas en las actuaciones de un caso sometido al otro órgano), aplicación coordinada de las normas y de la solución de conflictos; y prohibición de medidas antidumping y compensatorias dentro del EEE. Sin embargo, la adhesión a la Unión Europea de muchos países que anteriormente eran miembros de la AELC ha reducido actualmente el ámbito práctico del Acuerdo sobre el EEE. En cuanto a los países miembros de la AELC que no forman parte del EEE, tienen vigentes acuerdos de libre comercio que establecen procedimientos para mantener consultas y recurrir a la conciliación con respecto a las prácticas que tengan consecuencias para el comercio con la Unión Europea.

14. Los acuerdos europeos, concluidos entre la Unión Europea y la mayoría de los países de Europa oriental y el Báltico, con el complemento de las normas de aplicación de las disposiciones sobre competencia aplicables a las empresas y las ayudas estatales (en algunos casos todavía no se han adoptado normas de aplicación) contienen normas de competencia basadas en las de la Unión Europea y aplicables si resulta afectado el comercio entre la Unión Europea y otro signatario. Además, los demás signatarios están obligados a garantizar la aproximación de su legislación de competencia, actual y futura, a la legislación de la Unión Europea (lo que no es obligatorio en el EEE ni siquiera en la Unión Europea), y su legislación nacional de aplicación de los acuerdos tiene que ser aprobada por los Consejos de Asociación creados por los propios acuerdos. Si un caso pertenece al ámbito de competencia de las dos partes, la Unión Europea y la otra parte tienen que notificarse las acciones previstas (salvo si la

transmisión de información está prohibida legalmente o es incompatible con sus respectivos intereses); también es necesario notificar los casos que pertenecen al ámbito exclusivo de competencia de una parte pero que afectan a intereses importantes de la otra parte. Está prevista la celebración de consultas y la posibilidad de que una parte pida a otra que adopte medidas reparadoras contra las prácticas comerciales restrictivas que tengan efectos transfronterizos negativos. Es necesario mantener consultas con los Consejos de Asociación para poder adoptar medidas contra una práctica que se considere que no ha sido tratada adecuadamente. Los acuerdos europeos no contienen ninguna disposición que establezca autoridades supranacionales de competencia y no se aplica al comercio entre los países de Europa oriental (a diferencia de lo que ocurre con los países de la AELC miembros del EEE). La posibilidad de ayudas estatales a las empresas de los países de Europa oriental en cuestión está supeditada a normas similares a las que aplica la Unión Europea a sus regiones menos prósperas. Por el contrario, están previstas excepciones en favor de las ayudas estatales relacionadas con la política agrícola común o con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y en favor de las prácticas necesarias para lograr los objetivos de estos dos instrumentos. Las empresas que disfrutaban de derechos especiales o exclusivos no pueden mantener prácticas que les permitan restringir el comercio o discriminar entre nacionales de la Unión Europea y de los demás países. Si una parte impone medidas antidumping o compensatorias tiene que informar a la otra parte antes de hacerlo. Los acuerdos de libre comercio firmados con Chipre y Turquía establecen unas obligaciones semejantes.

15. Los acuerdos euromediterráneos establecen unas obligaciones semejantes a las que establecen los acuerdos europeos, salvo en lo que respecta al requisito de armonizar las normas de competencia, pero con un ámbito ampliado para incluir el comercio entre la Unión Europea y varios países del Mediterráneo. Todavía no se han aprobado las normas de aplicación de estos acuerdos euromediterráneos. Prosiguen las negociaciones con otros países del Mediterráneo para establecer otros acuerdos. La Unión Europea y los países de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) han concluido también acuerdos de asociación y cooperación, de ámbito más restringido, en virtud de los cuales aceptan las partes corregir o suprimir las restricciones a la competencia, ya sean éstas causadas por las empresas o por la intervención del Estado, y aplicar su legislación de competencia. Los miembros de la CEI deben procurar que su legislación de competencia se armonice gradualmente con la de la Unión Europea. Se limita la concesión de ayudas a la exportación y se prevén nuevas negociaciones sobre otros tipos de ayuda. La asistencia técnica es un elemento importante de estos acuerdos. La Carta Europea de la Energía, concluida por la Unión Europea y algunos miembros de la CEI, establece unas obligaciones semejantes, pero limitadas al sector de la energía. La red de acuerdos marco de cooperación concluidos por la Unión Europea y sus Estados miembros y, respectivamente, la Argentina (2 de abril de 1990), las repúblicas de América Central (1993), los países miembros del Pacto Andino (21 de enero de 1993), el Brasil (29 de junio de 1995), el Mercado Común del Mercosur (MERCOSUR) (15 de diciembre de 1995) y Chile (21 de junio de 1996) prevén una cooperación de una intensidad todavía menor; en el marco de las disposiciones referentes a la cooperación en una amplia gama de esferas, las partes acuerdan mantener un diálogo continuo para

controlar las prácticas comerciales restrictivas e identificar y eliminar los obstáculos a la cooperación industrial mediante medidas que promuevan el respeto a las leyes de competencia, y destinar recursos a tales fines. Están en curso negociaciones para concluir acuerdos de libre comercio con Chile, México y el MERCOSUR. También están en curso negociaciones con los Estados de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) para promover la política de competencia y la cooperación en esta esfera. Las negociaciones tienen lugar entre los propios Estados ACP y entre éstos y la Unión Europea.

16. Aunque la Unión Europea sea el centro de los acuerdos con todos estos países o agrupaciones regionales, también se han concluido acuerdos entre algunos de los países que son parte en los acuerdos con la Unión Europea. Los países de la AELC que no son partes en el EEE pueden recurrir desde hace tiempo a unos procedimientos que prevén consultas obligatorias y mecanismos de solución de diferencias frente a prácticas que afecten al comercio entre países de la AELC. En el marco del Acuerdo de Libre Comercio de Europa Central (que prevé un intercambio general de información y la notificación de los casos concretos), algunos países de la AELC, Israel, y algunos países de Europa Central, así como algunos países de este último grupo entre sí, han concluido acuerdos de libre comercio que contienen disposiciones referentes a la competencia. Polonia ha concluido acuerdos de cooperación en asuntos relacionados con las medidas antimonopolio con Ucrania (diciembre de 1993) y con la Federación de Rusia (marzo de 1994). Los Estados de la CEI han convenido también, en el marco de la creación de una unión económica entre esos miembros, establecer las condiciones necesarias para lograr una competencia leal, con inclusión de un mecanismo de reglamentación de los monopolios. Se ha firmado ya un acuerdo que establece una política antimonopolios común; el Consejo de Coordinación de los Organismos Antimonopolios correspondientes se encarga de su aplicación y ofrece la posibilidad de intercambiar experiencias y ayudar a mejorar y aplicar las legislaciones nacionales. Sin embargo, todos los acuerdos en los que no es parte la Unión Europea tienden a establecer unos derechos y obligaciones relativamente más leves.

17. En África, los acuerdos subregionales han empezado a abordar más ampliamente el derecho y la política de la competencia, muchos utilizando como base el modelo del Tratado de Roma. El Tratado de Brazzaville de 1964, que estableció la Unión Aduanera y Económica del África Central (UDEAC), ya establecía que debían crearse mecanismos para lograr la eliminación progresiva de las prácticas comerciales restrictivas del comercio entre los Estados miembros. El Tratado Constituyente de la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC), que cuando entre en vigor sustituirá al Tratado de la UDEAC, prevé el establecimiento de normas comunes de competencia para controlar tanto las prácticas comerciales restrictivas como las actividades de los gobiernos; actualmente se están preparando dos proyectos de reglamentación referentes a estos dos temas. De conformidad con el Tratado de armonización del derecho mercantil en África, se ha propuesto también elaborar y aprobar una Ley uniforme de competencia, que tendría unos efectos jurídicos directos en el territorio de los 16 Estados miembros de África occidental y central⁴. En virtud del Tratado Constituyente del Mercado Común del África Meridional y Oriental (MECAFMO), los Estados miembros se comprometen, en términos similares a los del artículo 85 del

Tratado de Roma, a prohibir las prácticas comerciales restrictivas que tengan por objeto o efecto impedir, limitar o distorsionar la competencia dentro del Mercado Común, excluyéndose la posibilidad de que el Consejo del MECAFMO conceda exenciones. El Consejo está encargado de establecer una reglamentación que regule la competencia entre los Estados miembros. También están prohibidas, con algunas excepciones, la subvenciones que distorsionen la competencia y que afecten al comercio entre los Estados miembros. La Comunidad de Desarrollo del África Meridional (SADC) ha acordado que los Estados miembros establezcan medidas, dentro de dicha Comunidad, para eliminar las prácticas comerciales desleales y promover la competencia.

18. En la región de América Latina, el Tratado de 1973 Constituyente de la Comunidad del Caribe (CARICOM) es relativamente cauteloso en su planteamiento. Los Estados miembros reconocen que ciertas prácticas (definidas de forma similar a como las definen los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma) son incompatibles con el Mercado Común del Caribe en la medida en que impiden el logro de los beneficios que se espera obtener de la liberalización del comercio que supone el Tratado Constituyente del CARICOM. En caso de que se denuncie ante el Consejo del CARICOM alguna práctica de este tipo, éste publicará un informe sobre la cuestión. El Consejo debe examinar si es necesario establecer nuevas disposiciones sobre las prácticas comerciales restrictivas, pero hasta el momento no se ha adoptado ninguna disposición de este tipo. Los Estados miembros se comprometen también a introducir, lo antes posible, una legislación uniforme de control de las prácticas comerciales restrictivas, prestando especial atención a las prácticas que afecten al comercio dentro del CARICOM. También están prohibidas las ayudas estatales que afecten al comercio subregional (salvo algunas excepciones concretas), lo mismo que las prácticas comerciales restrictivas o discriminatorias de las empresas públicas. En fechas más recientes, el MERCOSUR ha adoptado un protocolo dedicado a la política de la competencia, que prohíbe los actos individuales o los acuerdos que impidan, restrinjan o falseen el juego de la competencia o el libre acceso a mercados o permitan el abuso de una posición dominante en un mercado regional concreto dentro del MERCOSUR y afecten al comercio entre sus Estados miembros. El Comité Técnico encargado de la política de la competencia y la Comisión de Comercio del MERCOSUR pueden promulgar órdenes de aplicación de estas normas, que serán cumplidas por los organismos nacionales de los países miembros, con una supervisión supranacional limitada. Se espera que pronto se habrán finalizado normas comunes de control de los actos anticompetitivos y los organismos nacionales encargados de la competencia deberán adoptar medidas para promover ésta en áreas tales como el intercambio de información, la capacitación y las investigaciones comunes. Se ha establecido un sistema de solución de conflictos. En el año 2000 se debatirá el trato que recibirán las medidas antidumping dentro del MERCOSUR. La decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (firmado en el marco del Pacto Andino) prevé también que se eviten las distorsiones de la competencia provocadas por prácticas comerciales restrictivas, o se adopten medidas de reparación. Sin embargo, las instituciones del Pacto Andino, a diferencia de las del MERCOSUR, tienen autoridad supranacional; los Estados miembros o las empresas con un interés legítimo pueden pedir a la Junta del Acuerdo de Cartagena autorización para aplicar medidas con el fin de impedir o corregir una amenaza de daño o un daño a la producción o a las exportaciones, cuando ello se deba a prácticas

comerciales restrictivas. Las órdenes de la Junta tienen un efecto directo dentro del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Las medidas antidumping o compensatorias entre los países del Pacto Andino están reglamentadas, pero no prohibidas.

19. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) firmado por el Canadá, los Estados Unidos de América y México, establece que cada una de las partes adoptará o mantendrá medidas para prohibir o combatir las prácticas comerciales restrictivas, mantener consultas con las demás partes sobre la efectividad de esas medidas y cooperar en la aplicación de las mismas, con inclusión de la oferta de asistencia sindical mutua, notificaciones, consultas e intercambio de información sobre la aplicación de las normas en la zona de libre comercio. Sin embargo, no se han previsto procedimientos detallados de cooperación y está excluido el recurso a los procedimientos de solución de conflictos si se trata de asuntos relacionados con la política de competencia. El Tratado contiene también disposiciones que establecen que los monopolios o empresas estatales no deben operar de forma incompatible con el propio Tratado, no deben anular o menoscabar las ventajas derivadas del mismo y no deben establecer discriminaciones en la venta de mercancías o servicios. Se ha establecido un grupo de trabajo que informará sobre las cuestiones que plantea la relación entre el derecho de la competencia y las políticas comerciales en la zona de libre comercio. El Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile contiene disposiciones similares, aunque avanza un poco más en la prohibición de la aplicación de medidas antidumping contra actos que afecten al comercio entre las partes; esos actos están sometidos, en cambio, a las normas sobre competencia. El llamado "Acuerdo G3" entre México, Colombia y Venezuela es más limitado y sólo se aplica a los monopolios estatales; éstos deben actuar en sus territorios únicamente en función de consideraciones comerciales y no pueden utilizar su posición de monopolio para recurrir a prácticas comerciales restrictivas en mercados no monopolistas de forma que resulten afectadas empresas de los demás Estados miembros. En el contexto de las conversaciones para establecer una zona de libre comercio de las Américas se ha establecido un mecanismo de cooperación en materia de política de la competencia. El comunicado adoptado el 20 de octubre de 1998 en la primera Cumbre Antimonopolio de las Américas, a la que asistieron la mayoría de los países de la región que cuentan con leyes de competencia, afirma que los países participantes prevén cooperar entre sí, de conformidad con sus respectivas leyes, para mejorar el cumplimiento de las normas, difundir las mejores prácticas en la esfera (haciendo hincapié en la transparencia institucional), apoyar los esfuerzos de las economías pequeñas de la región que no cuentan todavía con regímenes sólidos de competencia por completar el desarrollo de su marco legal y defender los principios de la competencia en el grupo encargado de las negociaciones sobre política de la competencia de la Zona de Libre Comercio de las Américas ⁵.

20. Bajo los auspicios del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), se ha establecido un marco similar de intercambio de opiniones, cooperación técnica y examen de cuestiones relacionadas con la competencia. Los miembros de este Foro se han comprometido a través de un instrumento jurídicamente no vinculante) a establecer o mantener políticas o leyes de competencia efectivas, adecuadas y transparentes y a aplicarlas para promover

la competencia entre las economías del APEC y adoptar medidas en la esfera de la desreglamentación. Esta cooperación de baja intensidad contrasta con la establecida por Australia y Nueva Zelandia, que ya no aplican las correspondientes leyes antidumping a los actos que afectan al comercio entre ellos, y aplican, en cambio, sus leyes de competencia a las conductas predatorias de empresas dominantes (leyes que han sido armonizadas). A los efectos del cumplimiento de estas leyes, los organismos y tribunales encargados de la competencia de cada uno de estos países tienen una "jurisdicción superpuesta", es decir, pueden presentarse reclamaciones, celebrarse audiencias y emitirse citaciones y órdenes correctoras válidas y de obligado cumplimiento en un país con respecto al otro. Un acuerdo bilateral de aplicación de las normas prevé independientemente una amplia asistencia en las investigaciones, el intercambio de información (con sujeción a normas de confidencialidad) y la coordinación de las medidas correspondientes.

E. Instrumentos multilaterales y plurilaterales

21. El único instrumento multilateral aplicable universalmente en esta esfera es el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, negociado bajo los auspicios de la UNCTAD. Los numerosos instrumentos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) que afectan al derecho y la política de la competencia (enumerados en el anexo 3) sólo se aplican a un grupo limitado de países, aunque la recomendación referente a las medidas contra los cárteles básicos establece que los países que no son miembros de la OCDE pueden sumarse a esta recomendación y aplicarla (habiendo indicado varios de estos países su interés en hacerlo)⁶. El Conjunto de principios y normas y los instrumentos de la OCDE contienen muchas disposiciones del mismo tipo que las incluidas en los acuerdos bilaterales de cooperación para el cumplimiento de las normas y acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes, pero con variaciones, omisiones o disposiciones adicionales, especialmente en el caso del Conjunto. Éste, lo mismo que los instrumentos de la OCDE, se interesa por las consecuencias negativas de las prácticas comerciales restrictivas sobre el comercio internacional, pero además se interesa también por su impacto en el desarrollo. Una característica singular tanto del Conjunto como de los instrumentos de 1976 y 1978 de la OCDE es que no sólo recomiendan normas que deben ser respetadas por los gobiernos sino también normas que deben respetar las empresas, prestando especial atención a las empresas transnacionales. Los dos prevén también la adopción o mantenimiento, y el cumplimiento efectivo, de leyes y políticas de competencia y recomiendan que los Estados miembros apliquen normas de competencia de carácter general. El Conjunto prevé también que se adopten medidas para armonizar las políticas nacionales con respecto a las prácticas comerciales restrictivas, de modo compatible con el Conjunto (art. F.1), y que continúen los trabajos de elaboración de una o varias leyes tipo sobre las prácticas comerciales restrictivas, a fin de ayudar a los países en desarrollo a formular una legislación apropiada (art. F.5); los instrumentos de la OCDE no contienen disposiciones semejantes, pero la recomendación de 1998 de la OCDE prevé la convergencia de las leyes que prohíben el núcleo básico de los cárteles. Mientras que el Conjunto sólo aborda el control de las prácticas comerciales restrictivas, el

instrumento de 1986 de la OCDE se interesa también por la interrelación entre las políticas de competencia y las medidas comerciales y recomienda que los responsables políticos evalúen, al examinar la posibilidad de establecer una medida comercial o revisar medidas ya existentes, sus posibles efectos, con inclusión del impacto en la estructura y el funcionamiento de los mercados correspondientes, y propone una lista de los principales efectos de las medidas comerciales, con inclusión de los efectos sobre la competencia. La OCDE ha adoptado también instrumentos referentes a la reforma de las normas en un sentido favorable a la competencia.

22. El Conjunto de principios y normas y los instrumentos de la OCDE prevén que se coopere en el cumplimiento de los mismos, habiendo influido los instrumentos de la OCDE en los acuerdos bilaterales concluidos entre los países de la OCDE en esta esfera o habiendo sido inspirados por éstos. La recomendación de 1995 de la OCDE (que sustituye a una larga serie de instrumentos que recomendaban estrechar progresivamente la cooperación) prevé notificaciones, consultas, el intercambio de información confidencial (bajo la protección de salvaguardias) y no confidencial, la coordinación de las investigaciones, asistencia en estas investigaciones, normas tradicionales de cortesía positiva, consultas y un mecanismo de conciliación para resolver diferencias. La recomendación de 1998 alienta la cooperación y el establecimiento de normas de cortesía en concreto con respecto a la aplicación de las normas contra el núcleo básico de cárteles, y prevé que se actúe con transparencia y se examinen periódicamente las exenciones de cárteles. El Conjunto prevé también la celebración de consultas (dentro y fuera de la UNCTAD) y el intercambio de información no confidencial y confidencial. Además, el Conjunto contiene las siguientes disposiciones: los Estados deberían tener debidamente en cuenta la medida en que el comportamiento de las empresas es aceptado por las leyes aplicables (art. C.6); los Estados, en particular los países desarrollados, deberían tener en cuenta, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados (art. C.7); y los Estados deberían procurar adoptar las medidas adecuadas para controlar el uso de prácticas comerciales restrictivas dentro del ámbito de su competencia, cuando comprueben que tales prácticas afectan desfavorablemente al comercio internacional y en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo (art. E.4). El Conjunto no contiene ninguna disposición referente a la solución de conflictos; el Grupo Intergubernamental de Expertos, o sus órganos subsidiarios, no pueden actuar como un tribunal ni emitir de otro modo juicio alguno acerca de las actividades o el comportamiento de determinados gobiernos o determinadas empresas en relación con una transacción comercial concreta (art. G.4). Un componente importante del Conjunto y que no figura en los instrumentos de la OCDE es la disposición que prevé la prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo, tanto por los países con una mayor experiencia en esta esfera como por la UNCTAD.

23. A diferencia del Conjunto y de las recomendaciones de la OCDE antes mencionadas, los Acuerdos de la Ronda Uruguay son vinculantes jurídicamente y están respaldados por unos sólidos mecanismos de solución de diferencias. Diferentes artículos y acuerdos aprobados en la Ronda Uruguay contienen disposiciones que afectan al derecho y la política de la competencia,

pudiéndose citar entre otros los referentes a las siguientes cuestiones: empresas estatales y empresas con derechos exclusivos; medidas antidumping; subvenciones; salvaguardias; aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC); aspectos de las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC); y comercio de servicios, especialmente servicios de telecomunicaciones y servicios financieros. No examinaremos en detalle estas disposiciones de carácter sustantivo, ya que han sido examinadas en un estudio anterior de la secretaría de la UNCTAD⁷. Haremos, en cambio, un análisis de las obligaciones referentes a la celebración de consultas, el intercambio de información no confidencial y confidencial y de cortesía positiva. Aparte de los procedimientos generales de consulta, aplicables en todas las diferencias planteadas en el marco de la OMC, se prevén procedimientos especiales de consulta en los siguientes instrumentos: a) decisión de 18 de noviembre de 1960 conteniendo disposiciones para la celebración de consultas con respecto a las prácticas comerciales restrictivas⁸; b) el Acuerdo sobre los ADPIC, en virtud del cual si un miembro de la OMC está considerando la posibilidad de aplicar su legislación de competencia a una empresa de otro miembro podrá solicitar a éste la celebración de consultas para lograr el cumplimiento de la ley, y si un país tiene empresas sometidas a medidas de ese tipo también podrá pedir la convocatoria de consultas; y c) el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), con respecto a determinadas prácticas comerciales de proveedores monopolistas de servicios y proveedores exclusivos. Los dos últimos acuerdos prevén también el intercambio de información no confidencial y, bajo las disposiciones de las leyes internas y previo acuerdo satisfactorio con respecto a la protección de la confidencialidad, de información confidencial. La decisión de 1960 prevé un cierto grado de cortesía positiva; si la parte a la que se dirige una solicitud de consultas acepta la existencia de los efectos perjudiciales alegados, adoptará las medidas que considere adecuadas para eliminar esos efectos. También puede considerarse un compromiso de cortesía positiva la obligación que impone a las partes contratantes el artículo XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 (incorporado actualmente en el GATT de 1994), a saber, comprometerse a garantizar que las empresas del Estado o las empresas privadas con derechos exclusivos actúan de forma no discriminatoria al importar o exportar mercancías, y en particular las obligaciones dimanantes del AGCS de controlar determinadas prácticas de los proveedores monopolistas de servicios y los proveedores exclusivos de servicios (respaldadas con obligaciones más detalladas en el área de los servicios de telecomunicaciones y, en menor medida, de los servicios financieros).

Capítulo II

COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

A. Generalidades

24. La cooperación en la aplicación de los instrumentos internacionales, en los casos que tienen trascendencia internacional ha contribuido a mejorar la calidad y eficacia de esa aplicación y a disminuir su costo, lo que ha ayudado a superar dificultades en la obtención de acceso a la información de que disponen otros países, en el proceso de comunicación de la información o en la aplicación de los instrumentos internacionales a entidades cuya sede o cuyos activos están ubicados en el extranjero. También ha reducido la posibilidad de que se susciten fricciones entre países debido al recurso a la aplicación extraterritorial de las leyes sobre competencia o debido a conflictos jurisdiccionales. Sin embargo, a veces es difícil poner en práctica esa cooperación, que se da principalmente entre países desarrollados, en cumplimiento de acuerdos bilaterales de aplicación, tratados de asistencia judicial mutua (limitados a las acciones penales contra los cárteles), acuerdos de libre comercio, unión aduanera o mercado común y los instrumentos pertinentes de la OCDE. No hay pruebas de que los tratados de amistad, comercio y navegación se hayan utilizado como vehículos de la cooperación⁹. Además, si bien el mantenimiento de vínculos oficiosos con otros organismos que se ocupan de la competencia es un medio importante para mantenerse informado de los acontecimientos que se producen en la esfera del derecho y la política de la competencia en otras jurisdicciones e intercambiar puntos de vista, esa cooperación oficiosa ha demostrado ser poco útil cuando un organismo necesita asistencia para la aplicación de los instrumentos en un asunto determinado o información confidencial¹⁰. A continuación se examinan las experiencias de la Unión Europea y los Estados Unidos en materia de cooperación bilateral; se describen los obstáculos a la cooperación y los factores que la facilitan; y se hacen algunas propuestas sobre la forma en que los países en desarrollo podrían desempeñar un papel más prominente en la cooperación para la aplicación de los instrumentos, utilizando el marco que proporcionan las agrupaciones regionales y el Conjunto de principios y normas.

B. Cooperación entre la Unión Europea y los Estados Unidos

25. El efecto del Acuerdo de 1991 entre la Unión Europea y los Estados Unidos ha sido fomentar un espíritu de cooperación entre los organismos de ambas jurisdicciones que se ocupan de la cuestión de la competencia; aun cuando buena parte de la cooperación en la aplicación del Acuerdo podría haberse puesto en práctica antes, esa cooperación estimuló a los organismos encargados de la competencia a buscar oportunidades de cooperación de manera más estructurada y dinámica¹¹. El Acuerdo ha sido un vehículo para el intercambio de información y puntos de vista sobre lo acaecido en la esfera de la política de aplicación de los instrumentos y de cooperación en casos individuales. Actualmente la notificación de los casos que afectan a los intereses importantes de la otra parte se ha convertido en un procedimiento normal¹². Puede haber notificaciones sucesivas en el mismo caso; por

ejemplo, en un caso de fusión de empresas la notificación puede efectuarse al comienzo, volver a efectuarse cuando se adopta la decisión de iniciar acciones y una vez más antes de que se adopte la decisión final, con suficiente anticipación para permitir que se tenga en cuenta la opinión de la otra parte. Cuando tanto los organismos de la Unión Europea como los de los Estados Unidos inician acciones con respecto a la misma transacción, se coordinan las actividades de aplicación de los instrumentos, lo que puede dar lugar al intercambio de información y la celebración de conversaciones sobre las siguientes cuestiones: los plazos de sus respectivos procedimientos; la delimitación de los mercados pertinentes (principalmente los mercados de productos, pues las conversaciones sobre los mercados geográficos se ven limitadas porque cada organismo centra su atención en los efectos sobre su propio mercado); los efectos anticompetitivos de las transacciones; las soluciones que podrían preverse y las posibilidades de evitar incompatibilidades entre ellas; y el derecho de la otra jurisdicción, así como los hechos públicamente disponibles en ella. En un caso reciente se sincronizaron con éxito las investigaciones y los registros, con lo que se evitó el riesgo de destrucción de pruebas en la otra jurisdicción¹³. Aun cuando esos organismos tengan opiniones diferentes sobre algunas cuestiones, los contactos les han permitido comprender el pensamiento de la otra parte y refinar consiguientemente sus análisis. Sin embargo, en los casos de fusión de empresas la diferencia de los plazos de examen ha limitado el alcance de la cooperación, si bien se han obtenido resultados útiles.

26. El principal obstáculo a una aplicación coordinada de los instrumentos es que con frecuencia esa aplicación sólo puede basarse en el intercambio de información no confidencial, a menos que las empresas de que se trate hayan renunciado a sus objeciones al intercambio de información confidencial. Esa renuncia tiene lugar únicamente en los casos en que las empresas están interesadas en ello, ya que suelen ser reticentes a permitir que la información se difunda si ésta puede revelar prácticas comerciales restrictivas y exponerlas a sanciones en ambas jurisdicciones. Hasta ahora no ha habido ninguna renuncia en las investigaciones sobre cárteles. En aquellos casos en que una empresa se mostró dispuesta a renunciar a sus objeciones a la transmisión de información confidencial, fue más fácil obtener un resultado satisfactorio. Por ejemplo, en el caso Microsoft, ese tipo de renuncia permitió que los organismos de la Unión Europea y los Estados Unidos coordinaran sus investigaciones sobre las prácticas similares en ambas jurisdicciones de una empresa de programas informáticos en posición dominante, lo que contribuyó a que se logaran soluciones similares, a pesar de las sustantivas diferencias existentes en las leyes de competencia¹⁴. Sin embargo, incluso el intercambio de información no confidencial ayuda a señalar los posibles comportamientos anticompetitivos, mejora la tramitación de los casos y contribuye a la similitud de los análisis realizados por los distintos organismos y a la compatibilidad de las soluciones.

27. Esa cooperación no siempre permite evitar la divergencia de opiniones contradictorias o encontrar soluciones comúnmente aceptadas, a causa de las diferencias existentes en las leyes, en las doctrinas económicas, en los efectos sobre cada mercado o en las pruebas disponibles en cada jurisdicción. Por ejemplo, en la fusión Upjohn/Pharmacia la Comisión europea aprobó la

fusión, pero la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos pidió que se vendieran algunos activos estadounidenses; análogamente, la Comisión Europea aprobó la fusión Ciba-Geigy/Sandoz, pero la Comisión Federal de Comercio, considerando que el "mercado de la innovación" se vería afectado, ordenó la concesión de licencias de los derechos de terapia genética y otras tecnologías (el concepto de "mercado de la innovación" no se utiliza en la Unión Europea y en cada jurisdicción existen diferencias en el alcance de los derechos de la propiedad intelectual)¹⁵. Por otra parte, en el caso Boeing/MDD, referente a la fusión de dos empresas estadounidenses de fabricación de aviones, la Comisión Federal de Comercio aprobó la fusión, pero la Comisión Europea intervino porque consideró que la fusión otorgaría a las empresas interesadas una posición aún más dominante en el mercado de los aviones grandes. Sin embargo, en esa situación, se puso en juego en alguna medida la cortesía tradicional; la Comisión Europea tuvo en cuenta, en consonancia con el derecho de la Unión Europea, las preocupaciones expresadas por el Gobierno de los Estados Unidos sobre los importantes intereses estadounidenses en materia de defensa y el carácter no deseable de una venta de activos, limitó el alcance de su acción al componente civil de las operaciones de las empresas y aprobó la fusión con una serie de condiciones, que no incluían la venta de activos. En cuanto a la cortesía activa, normalmente resulta posible tener en cuenta de manera oficiosa las preocupaciones que se manifiesten, aplazando simplemente una de las partes su investigación mientras espera los resultados de la investigación en la otra jurisdicción, manteniéndosela informada de los progresos realizados y brindándosele la posibilidad de formular observaciones sobre la solución propuesta. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso A.C. Nielsen (abuso de posición dominante en las prácticas de contratación de una empresa de los Estados Unidos que presta servicios minoristas de rastreo, que podía afectar a las exportaciones a Europa de sus competidores con sede en los Estados Unidos)¹⁶. Hasta ahora los procedimientos de cortesía activa se han puesto en marcha oficialmente sólo una vez; el Ministerio de Justicia de los Estados Unidos pidió a la Comisión Europea que investigara las alegaciones de que un sistema computadorizado de reservas establecido por tres aerolíneas europeas era explotado de manera anticompetitiva para impedir que los sistemas homólogos establecidos en los Estados Unidos compitieran en los mercados europeos; el caso está siendo investigado por la Comisión Europea en cooperación con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Algunos miembros del Congreso de los Estados Unidos han expresado su insatisfacción con el funcionamiento de la cortesía activa, porque se consideran que hasta ahora no ha permitido mejorar el acceso de las exportaciones estadounidenses a los mercados; algunos empresarios de los Estados Unidos han alegado también que ha habido demoras en las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión Europea, que no se dispone de facultades suficientes para imponer la entrega de documentos y que el nivel de las pruebas exigidas es demasiado alto. Sin embargo, el Departamento de Justicia ha expresado su confianza en la calidad de las medidas de aplicación de los instrumentos que adopte la Unión Europea y ha afirmado que se requerirá tiempo para que la cortesía activa funcione, y que tal vez no tenga éxito inmediatamente, pero que es mejor que lo contrario¹⁷. La Comisión Federal de Comercio también ha firmado que las

desavenencias son la excepción y no la regla y que hay una convergencia de puntos de vista y un respeto mutuo que se han ido consolidando de forma lenta pero segura entre los Estados Unidos y la Unión Europea¹⁸.

C. Obstáculos a la cooperación y factores que la facilitan

28. De lo anterior se desprende que la cooperación se ve facilitada por el grado de similitud de los enfoques; las diferencias en las leyes o doctrinas sustantivas en materia de competencia, las prácticas o los procedimientos de aplicación de los instrumentos, o las interpretaciones de los hechos fundamentales pueden convertirse en obstáculos. También pueden influir en la cooperación las diferencias en las doctrinas judiciales sobre la extraterritorialidad; el fortalecimiento de la cooperación entre la Unión Europea y los Estados Unidos puede haberse visto facilitado gracias a la reivindicación -por la Unión Europea- de la jurisdicción basada en la territorialidad "objetiva"¹⁹, que tiene algunas semejanzas con la jurisdicción extraterritorial basada en la "doctrina de los efectos" sostenida por los Estados Unidos, pero siguen subsistiendo importantes diferencias²⁰, llegándose a afirmar otros muchos que la objeción fundamental del Gobierno del Reino Unido y de gobiernos a la aplicación extraterritorial de la legislación antimonopolios estadounidense limita en gran medida las posibilidades de cooperación²¹. La cooperación también puede verse limitada por la preocupación de que las prioridades y la asignación de recursos en la aplicación de los instrumentos sean determinadas por las solicitudes de cortesía activa presentadas por otros países o que las empresas nacionales se vean expuestas a sanciones aplicadas por un organismo extranjero. Por consiguiente, el organismo canadiense que se ocupa de la cuestión de la competencia aún no ha podido obtener la autorización legislativa necesaria para intercambiar información confidencial con organismos extranjeros en las causas civiles en materia de competencia, debido a la gran preocupación de los medios empresariales por la posibilidad de que la información proporcionada a los funcionarios canadienses se convierta en base de importantes acciones civiles en los Estados Unidos²², aun cuando, en virtud del tratado de asistencia judicial mutua entre ambos países, hay una importante cooperación en las causas penales antimonopolios, que puede incluir, como en las causas *Fax Paper*²³, el intercambio de documentos obtenidos mediante procesos coercitivos, el acceso a las bases de datos, entrevistas conjuntas de testigos y el análisis de documentos, así como la negociación coordinada de las alegaciones²⁴. La reciprocidad también sería una preocupación. Por ejemplo, como se señala en el capítulo I, las disposiciones de la Ley de asistencia internacional en la aplicación de los instrumentos antimonopolios (1994), de los Estados Unidos, exigen la reciprocidad como requisito. Las autoridades alemanas han propuesto que la reciprocidad y la "identificación" de la información confidencial, así como los intereses justificados de las empresas interesadas, se tengan en cuenta al establecerse acuerdos de cooperación y que esos acuerdos se limiten inicialmente a los países que dispongan, ellos también, de normas sobre la información confidencial, garanticen la aplicación de esas normas y decidan cooperar²⁵. La cooperación también puede verse obstaculizada si se considera que las políticas industriales o comerciales de un país influyen en las decisiones en materia de competencia o inspiran la filtración de información

confidencial. Un alto funcionario de la Unión Europea ha sugerido que una lección del caso *Boeing* es que el éxito de la cooperación depende del rigor de un análisis económico basado en normas estrictamente legales, y que no debe permitirse que las cuestiones de política comercial se mezclen con las cuestiones de competencia al examinar las transacciones²⁶, mientras que un alto funcionario del Departamento de Justicia estadounidense, al examinar la aplicación de los instrumentos contra los cárteles internacionales, ha afirmado que el gran obstáculo a la cooperación es el temor o la sospecha de que las pruebas se utilizarán con fines comerciales²⁷. Si bien la tendencia a una mayor convergencia en esta materia²⁸ puede ayudar a reducir esas consideraciones y preocupaciones, éstas no desaparecerán, ya que lo que puede maximizar la protección en un país puede reducirla en otro.

29. El derecho y la política de la competencia también se han relacionado más directamente con las cuestiones comerciales. A nivel oficioso, ha estado vigente con algún éxito entre los Estados Unidos y otros países una versión de la cortesía activa, más en lo que respecta a la promoción de la competencia que a la aplicación de los instrumentos. Primero en el marco del Plan encaminado a superar los obstáculos estructurales, de 1989, y luego por conducto del Grupo de Trabajo sobre desregulación y política de la competencia, establecido en virtud del Acuerdo Marco entre los Estados Unidos y el Japón para una nueva asociación económica, de 1993, los Estados Unidos han promovido decididamente una política de la competencia más rigurosa en el Japón, especialmente en los casos en que consideraba que la actividad anticompetitiva impedía la competencia de los productos extranjeros²⁹. Iniciativas similares se han adoptado también por conducto del Grupo de Trabajo sobre Política de Competencia, establecido en el marco del diálogo para la cooperación económica entre los Estados Unidos y la República de Corea. Como resultado, la República de Corea decidió reforzar su legislación en materia de competencia, así como su aplicación, aplicar los principios de la competencia en la desregulación, mejorar el acceso a los espacios publicitarios en radio y televisión, abordar las prácticas comerciales restrictivas de las asociaciones industriales y revisar las normas y directrices que podrían impedir la realización de actividades de fomento de la competencia³⁰. En un caso reciente, los Estados Unidos invocaron el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, de la OMC, con respecto a unas medidas japonesas que presuntamente influían en la distribución y venta de películas y papel fotográficos de consumo (contrarias al GATT de 1994), así como a una serie de medidas que supuestamente afectaban los servicios de distribución en general (contrarias al AGCS); los Estados Unidos y el Japón también pidieron consultas, de conformidad con la Decisión de 1960 del GATT, en relación con las prácticas comerciales restrictivas que presuntamente afectaban a las importaciones de películas y papel fotográficos en los mercados del otro país (la Unión Europea pidió sumarse a esas consultas). Los procedimientos previstos en el AGCS y la Decisión de 1960 fueron suspendidos y la reclamación presentada en virtud del GATT de 1994 fue rechazada por el Grupo Especial de Solución de Diferencias³¹.

30. En consecuencia, es probable que los países estén dispuestos a cooperar voluntariamente únicamente si se comparte la idea del interés común y el beneficio mutuo. Esa puede ser una de las razones por las que los acuerdos de cooperación para la aplicación de los instrumentos conceden a las partes una discrecionalidad tan amplia en lo que respecta a cooperar o no en cada caso individual. También puede ayudar a explicar por qué algunos acuerdos de libre comercio excluyen las cuestiones relacionadas con el derecho y la política de la competencia de la esfera de la solución de diferencias y por qué hasta ahora no se ha recurrido al mecanismo de conciliación previsto en las sucesivas recomendaciones de la OCDE sobre ese tema aunque quepa señalar que en 1987 el Comité de Expertos de la OCDE sobre las prácticas comerciales restrictivas opinó que ello se debía principalmente a que los procedimientos de notificación, intercambio de información y consulta previstos habían tenido éxito en la evitación o la solución de conflictos³². De hecho, las dificultades que supone aplicar esos acuerdos pueden facilitar de hecho su conclusión, debiendo compensarse los posibles obstáculos a la cooperación que se han descrito con los beneficios de la conclusión o reelaboración de los acuerdos de cooperación para la aplicación de las leyes. Así, un alto funcionario de la Comisión Europea ha pedido que se concluyan acuerdos de cooperación "de segunda generación" que permitan compartir la información confidencial y actuar procesalmente en nombre de otros países de forma coercitiva; ese funcionario no acepta que las preocupaciones que suscitan las diferencias entre las normas de competencia y el riesgo de que la información confidencial pueda usarse de una manera perjudicial para los intereses europeos lo impidan, ya que las experiencias de cooperación entre la Unión Europea y los Estados Unidos demuestran que suele ser más probable que las opiniones de las partes coincidan y no que difieran, ya que las diferencias entre las normas son menos importantes en el caso de la mayoría de las violaciones graves (particularmente en el caso del núcleo duro de los cárteles y de los más graves abusos de posiciones dominantes) y las discrepancias entre las normas en otras esferas no han imposibilitado una cooperación eficaz³³. El mismo funcionario ha opinado que un ingrediente fundamental del éxito de la cooperación en la aplicación de los instrumentos es la confianza mutua en la capacidad de aplicación de las leyes y en el respeto de la confidencialidad, resultantes del compromiso compartido de mantener los mecanismos de competencia³⁴. Instaurar esa confianza mutua requiere una estrategia progresiva. Se ha sugerido que, tras empezar por un simple acuerdo de cooperación, los países podrían evolucionar hacia acuerdos más complejos que previeran el intercambio de información confidencial a medida que se fuera instaurando la confianza y una tradición de cooperación, aumentando así el nivel de las obligaciones y el beneficio mutuo, y que el alcance y la intensidad de la cooperación dependerían de la capacidad institucional, la experiencia real de cooperación y el grado de confianza forjada con el tiempo³⁵. Aun los acuerdos que podrían no ser considerados óptimos por todas las partes pueden allanar el terreno a nuevos acuerdos. Por ejemplo, antes de que se concluyera el acuerdo de 1997 entre los Estados Unidos y Australia se había expresado la opinión de que el acuerdo de 1982 entre ambos países era desigual, pero que la experiencia de su aplicación había creado un marco más propicio para incrementar la cooperación³⁶. A fin de intensificar la cooperación en la aplicación de las leyes, se ha sugerido que es importante elaborar normas comunes y que debe lograrse un equilibrio

entre la transparencia y la protección de la información confidencial, ya que el consenso internacional sobre esta última facilitaría la conclusión de acuerdos que previeran una estrecha cooperación entre los organismos encargados de la aplicación de las leyes³⁷.

**D. Países en desarrollo, agrupaciones regionales
y el Conjunto de principios y normas**

31. Hasta ahora los países en desarrollo no han participado de manera importante en la cooperación para la aplicación de las leyes. Por ejemplo, en el caso *Comités de armadores de Francia y África occidental*³⁸ la Comisión Europea entabló una acción judicial contra los cárteles o abusos de posición dominante para excluir competidores de las conferencias marítimas o los comités de armadores con posiciones dominantes en el tráfico marítimo entre Europa y 11 Estados de África occidental y central. En su decisión, que tuvo efectos favorables a la competencia en los países interesados³⁹, la Comisión indicó que estaba dispuesta a entablar conversaciones con las autoridades de esos países para ayudar a sus transportistas a obtener un porcentaje mayor del tráfico generado por su comercio exterior. Sin embargo, parece que antes de adoptar su decisión la Comisión no consultó a los países africanos interesados, la mayoría de los cuales no tenían en ese momento leyes o instituciones en la esfera de la competencia y cuyas autoridades navieras habían autorizado de hecho reservas de carga en favor de las compañías navieras interesadas. En el caso *CEWAL Liner Conference*, relativo al tráfico con Angola y el Congo, se dieron circunstancias similares⁴⁰. La cooperación en la aplicación de las leyes entre la Unión Europea y los países interesados pudo no sólo haber dado lugar a la aplicación de la cortesía tradicional, sino también haber facilitado la recopilación de datos por la Comisión (ésta tardó cinco años en adoptar una decisión en el caso de los armadores). Si no se fortalece la cooperación en la aplicación de las leyes, habrá un riesgo mayor de que, a medida que los países en desarrollo intervengan más en esa esfera, las empresas tengan que hacer frente a procedimientos y posibles órdenes contradictorias de varias jurisdicciones, como ocurrió en el asunto *Gillette/Wilkinson*, en que se examinó una propuesta de fusión en 14 jurisdicciones, incluidos el Brasil y Sudáfrica⁴¹. A la inversa, la prestación de asistencia para la recopilación de información y la aplicación de las leyes contra las prácticas comerciales restrictivas originadas en el extranjero y que afectan a sus mercados es un importante beneficio potencial para los países en desarrollo que concluyen acuerdos de cooperación. Por ejemplo, en dos casos en que se enjuició con éxito a cárteles internacionales de lisina (ingrediente de la alimentación animal) y ácido cítrico, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos descubrió pruebas de la fijación de precios y la asignación de mercados que interesaban a otros países, pero no pudo compartir esas pruebas con los que no eran parte en los acuerdos de cooperación antimonopolios concertados por los Estados Unidos⁴².

32. Ha llegado la hora de introducir cambios. La mayoría de los países en desarrollo han aprobado o están elaborando leyes en materia de competencia y esa tendencia es constante. La aplicación plena y eficaz de esas leyes llevará tiempo y dependerá de un proceso de aprendizaje gradual, pero se

están haciendo progresos. La iniciación y la práctica progresiva de la cooperación en la aplicación de los instrumentos hará más eficaz la aplicación de las leyes de competencia y allanará el camino para una cooperación más intensa. La cooperación en la aplicación de las leyes de los países en desarrollo con experiencia limitada en esa esfera pero que se enfrentan a circunstancias similares puede tener un carácter más equilibrado para ellos que la cooperación con los países que tienen más experiencia, y les puede servir de modelo para lograr que la cooperación con los interlocutores más adelantados sea fructífera.

33. Para que la cooperación sea completa es posible que tengan que concluirse acuerdos bilaterales, pero en un comienzo la cooperación podría producirse de forma oficiosa, lo que se vería facilitado por la iniciación de conversaciones informales y el intercambio de información general, por ejemplo, en el marco de los acuerdos de libre comercio, unión aduanera o mercado común en que sean partes los países interesados. Dentro de los grupos regionales o subregionales, la voluntad política o la relativa uniformidad del desarrollo económico y de su cultura pueden facilitar la instauración de una confianza mutua y la comprensión de los intereses comunes, intereses que pueden considerarse en el marco de la relación global y no sólo en la esfera del derecho y la política de la competencia.

34. Hay pocas pruebas de que los países en desarrollo que son partes en ese tipo de acuerdos los hayan aprovechado para materializar una cooperación o preparar el terreno para que ésta se materialice. Hasta ahora la utilización directa de los acuerdos de libre comercio o mercado común para cooperar en la aplicación de las leyes parece haberse dado únicamente en la Unión Europea o el EEE, pero en otros casos estos acuerdos han creado un marco propicio para la cooperación bilateral. Por ejemplo, en el marco del TLCAN, el Grupo de Trabajo sobre Competencia se ha centrado de momento en el estudio de las leyes sobre competencia de los miembros, así como en los casos transfronterizos. El organismo mexicano que se ocupa de la cuestión de la competencia también ha celebrado amplias consultas bilaterales con sus homólogos canadiense y estadounidense sobre los aspectos técnicos de la aplicación de la legislación de competencia y sobre casos concretos, entre otros, casos de prácticas comerciales restrictivas con un elemento transfronterizo (los casos que tienen consecuencias para otros países miembros se notifican)⁴³. Sin embargo, aun en el marco de las agrupaciones regionales, la cooperación puede verse limitada por algunos de los problemas y diferencias que ya se han señalado, porque los mecanismos o instituciones regionales no están adaptados a la cooperación o simplemente porque el comercio entre algunos países de la agrupación es limitado o las prácticas comerciales restrictivas que afectan ese comercio son raras. En consecuencia, es probable que, al menos al comienzo, la cooperación entre los distintos países miembros, en el marco de las agrupaciones regionales, se desarrolle de manera asimétrica. Por ejemplo, en el marco del MERCOSUR tal vez haya pocos incentivos para iniciar y llevar a cabo investigaciones cuando hay intereses comerciales, dado el peso institucional relativo del Comité de Defensa de la Competencia y de la comisión de comercio regionales; también se ha sugerido que la ambigüedad de la definición de las prácticas comerciales restrictivas y de los mandatos institucionales puede plantear problemas, así

como pueden plantearlos las asimetrías entre los Estados miembros en la aprobación y aplicación de las leyes sobre competencia⁴⁴. Si bien los organismos de los Estados miembros del MERCOSUR que se ocupan de la competencia han concluido varios acuerdos en los que se prevén procedimientos de consulta recíproca y asistencia técnica, hasta ahora los principales vínculos se han establecido entre los organismos argentino y brasileño, lo que ha ayudado a unificar los criterios aplicados por ambos⁴⁵. En el ámbito del Pacto Andino, se ha sugerido que los requisitos que deben cumplirse para probar la existencia de prácticas comerciales restrictivas según los términos de la decisión 285, así como la falta de facultades ejecutivas de la Junta Andina, explican por qué la legislación y la jurisprudencia del Pacto Andino en materia de competencia no se han desarrollado tan rápido como las de los países miembros⁴⁶.

35. En consecuencia, para que se materialice el potencial de las agrupaciones regionales en esa esfera sería conveniente estudiar qué mecanismos, estructuras institucionales y regímenes sustantivos en materia de competencia promoverían la cooperación. Con ese objeto, podrían celebrarse consultas en el marco de la UNCTAD sobre la forma de maximizar la utilización de los mecanismos regionales de cooperación, lo que sería compatible con el Conjunto de principios y normas, que prevé el establecimiento, en los ámbitos regional y subregional, de mecanismos apropiados para promover el intercambio de información sobre las prácticas comerciales restrictivas y sobre la aplicación de las leyes y políticas nacionales en esa esfera, así como para ayudarse unos a otros en beneficio mutuo en relación con el control de tales prácticas (art. E.7). También se podría utilizar más directamente el marco establecido por el Conjunto para impulsar la cooperación en materia de aplicación de los instrumentos. Hasta ahora los mecanismos de consulta previstos en el Conjunto se han utilizado principalmente, con éxito, para presentar comunicaciones, e intercambiar experiencias y mantener conversaciones sobre distintas cuestiones relacionadas con la competencia. En un caso de mediados del decenio de 1980 un país en desarrollo, utilizando a la secretaría de la UNCTAD como intermediario, solicitó consultas con un país desarrollado sobre la prohibición, por una de sus empresas farmacéuticas, de las exportaciones desde un país en desarrollo vecino de productos farmacéuticos fabricados en virtud de una licencia otorgada por esa empresa. Las autoridades del país desarrollado remitieron el asunto a la empresa, cuya respuesta, en que explicaba las circunstancias de la prohibición, se transmitió al país en desarrollo (el asunto se señaló a la atención del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas durante consultas oficiosas). Tal vez valga la pena estudiar la posibilidad de mantener nuevas consultas de ese tipo en casos concretos, lo que podría fomentarse adoptando la práctica de notificar las actuaciones que se realicen en aplicación de las leyes y afecten a intereses importantes de otros Estados que sean partes en el Conjunto. La finalidad sería reforzar o promover la cooperación en el marco de los acuerdos bilaterales o regionales y no sustituirla, ya que la cooperación en el marco de los instrumentos no vinculantes de la OCDE tiende a ser menos intensa y menos específica en un caso dado si no está respaldada por un acuerdo bilateral vinculante⁴⁷.

36. Esa cooperación específica en casos concretos no iría en detrimento de otras formas de cooperación, sino que tendería más bien a vincularse con ellas y a basarse en ellas de forma sinérgica. Los organismos encargados de la competencia mantienen muchos contactos para intercambiar información general, experiencias o ideas; esos contactos son oficiosos o se mantienen en virtud de acuerdos bilaterales o regionales, o en el marco del Conjunto de principios y normas y de los instrumentos de la OCDE⁴⁸. También se presta una importante asistencia técnica en forma de seminarios y cursos de formación; visitas a los organismos que se ocupan de la competencia en los países desarrollados o vínculos con esos organismos en la esfera de la formación; misiones de corta duración a países que necesitan cooperación, incluidos análisis de su situación y sus necesidades, cursillos, programas de formación en grupo, asistencia en cuestiones especiales o para preparar proyectos de ley; y adscripción por un período prolongado de personal de los organismos con experiencia en esa esfera para impartir formación y prestar asesoramiento a los organismos de los países con experiencia limitada. Por ejemplo, la Comisión Europea ha organizado visitas de estudio y ha respondido a muchas solicitudes de información de varios organismos que se ocupan de la competencia, y ha prestado asistencia en la preparación de un compendio de la legislación latinoamericana en materia de competencia, una lista de los organismos nacionales, la publicación conjunta de un boletín latinoamericano sobre competencia (anunciado en Internet), una lista de las necesidades en materia de cooperación técnica de muchos países y organizaciones subregionales de América Latina, y un proyecto de programa bienal de asistencia técnica para el MERCOSUR que incluye una sección sobre competencia⁴⁹. En la medida en que la comunicación de experiencias o la prestación de asistencia técnica por uno o más países induce a otros países a aprobar o enmendar leyes de competencia o a modificar las políticas o los procedimientos de aplicación de los instrumentos de acuerdo con un planteamiento similar se promueve una convergencia "moderada" que contrasta con los grados cambiantes de convergencia o armonización previstos en esa esfera por los acuerdos de libre comercio, unión aduanera o mercado común. Se ha sugerido que una ventaja de la convergencia mediante el aprendizaje y la imitación es su flexibilidad; si determinado método no funciona en las circunstancias del sistema económico de un país, puede ser modificado o incluso dejado de lado⁵⁰.

37. Sin embargo, como se ha indicado, se necesita cierto grado de semejanza en esa esfera para que la cooperación en la aplicación de las leyes tenga éxito y en particular existe el riesgo de cierta falta de coherencia entre los regímenes nacionales en materia de competencia y entre éstos y los de los distintos niveles regionales. Por ejemplo, en un estudio de la CEMAC se ponen de relieve obstáculos a la aplicación de la política regional en materia de competencia tales como la inadecuada aplicación en el ámbito nacional de las leyes de competencia de los países miembros que tienen leyes de ese tipo, así como la falta de compatibilidad entre los objetivos de esas leyes y la regulación regional de la política de competencia en proyecto⁵¹. En consecuencia, propone el establecimiento, en la secretaría de la CEMAC, de un mecanismo especial de consulta para controlar la transición hasta la entrada en vigor de la regulación, que podría sustituirse por una junta regional de competencia y que se centraría en la investigación y el análisis

de las prácticas comerciales restrictivas que entorpezcan el desarrollo del comercio en la subregión, por ejemplo, en el sector del transporte. También recomienda que se hagan esfuerzos para garantizar la compatibilidad entre el proyecto de reglamentación de la CEMAC y las políticas sectoriales nacionales, con inclusión de las políticas de ajuste estructural convenidas con las instituciones financieras internacionales, la ley uniforme que debe aprobarse en el marco del Tratado sobre la armonización del derecho comercial en África (algunos de los Estados miembros de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África son signatarios de la CEMAC), y las disposiciones del tratado que debe reemplazar el Convenio de Lomé. Con respecto a esas recomendaciones, cabe señalar las disposiciones relativas a la política de la competencia dentro de las agrupaciones subregionales africanas o caribeñas, o incluidas en un tratado posterior al Convenio de Lomé, sólo aplicarán, en principio, como en el caso de los acuerdos euromediterráneos, a las prácticas que afecten al comercio dentro de las regiones o entre éstas y no a las que tengan repercusiones únicamente dentro de las fronteras nacionales. En la propia Unión Europea algunos países han mantenido regímenes nacionales de competencia notablemente distintos del de la Unión Europea. Por ejemplo, hasta 1990 Italia ni siquiera tuvo una ley de competencia, aunque se tiende a la convergencia. Sin embargo, como se indica en el capítulo I, no existe una separación tajante entre las prácticas de los países concretos y las imperantes en una región, y tal vez no sea fácil para los países ACP que tienen poca experiencia en la materia mantener regímenes diferentes para las transacciones nacionales, subregionales e interregionales. Eso tampoco favorecería el comercio o la inversión extranjera directa. Por consiguiente, puede ser conveniente iniciar consultas con la UNCTAD sobre la forma de garantizar la compatibilidad, la coexistencia y el reforzamiento mutuo entre los regímenes nacionales, subregionales e interregionales de competencia, lo que entrañaría estudiar cuánta convergencia se necesita entre las leyes y políticas de competencia para impulsar la cooperación en la aplicación de las leyes y cuál sería el equilibrio adecuado entre la promoción de esa convergencia y la admisión de un margen de diversidad y de libertad para que cada país o agrupación subregional decida qué es apropiado para sus necesidades. Cabe señalar al respecto que el organismo que se ocupa de la competencia en el Gabón, signatario del tratado de la CEMAC, ha propuesto que la UNCTAD contribuya a garantizar la conformidad de las prácticas de los Estados regionales y subregionales con los principios de la competencia. Esas consultas serían una aportación útil a las conversaciones en curso o a las posibles negociaciones futuras, en el marco de la OMC, sobre la interacción entre el comercio y la política de la competencia.

1/ Véase el párrafo 5 c) de las conclusiones convenidas, anexo I del Informe de la Reunión de Expertos en derecho y política de la competencia (TD/B/COM.2/9-TD/B/COM.2/EM/12).

2/ Véase el párrafo 7 a) de las conclusiones convenidas, anexo I del Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su primer período de sesiones (TD/B/COM.2/13-

TD/B/COM.2/CLP/5). Se recibieron respuestas a la nota verbal del Secretario General de la UNCTAD en la que se pedía información sobre la cooperación internacional y la asistencia técnica en esta esfera de los gobiernos de Azerbaiyán, Bulgaria, Burkina Faso, Eslovaquia, Finlandia, Malta y Suecia, así como de la Comisión Económica para África y la Comisión Europea. También se tuvieron en cuenta las respuestas a la nota verbal, enviada para preparar el informe preliminar, de los Gobiernos de Alemania, Australia, Bélgica, Botswana, Dominica, España, Estados Unidos de América, Francia, Gabón, Italia, Kenya, Lituania, Marruecos, México, Níger, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suecia, Tailandia, Ucrania, Venezuela y Zimbabwe, así como de la Comisión Europea y la Organización Mundial del Comercio.

3/ Esta clasificación respeta en cierta medida la utilizada en la Organización Mundial del Comercio, Informe anual 1997, vol. 1, Capítulo especial: el comercio y la política de competencia.

4/ Véase Price Waterhouse-Fidafrica, Le nouveau droit des affaires en Afrique-OHADA, París, 1997.

5/ Véase "FTC and DOJ publish communique from first "Antitrust summit of the Americas", Antitrust & Trade Regulation Report, 8 de octubre de 1998, vol. 75, pág. 416.

6/ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Competencia, de la OMC, sobre la reunión celebrada los días 11 a 13 de marzo de 1998 (WT/WGTCP/M/4), párr. 57.

7/ "El alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación y la política de la competencia y análisis de las disposiciones de la Ronda Uruguay que se refieren a política de la competencia, incluidas sus consecuencias para los países en desarrollo y otros países" (TD/RBP/COM.2/EM/2). Véase también el Informe anual de 1997 de la OMC, op. cit.

8/ Incorporada actualmente en el GATT de 1994.

9/ Véase OCDE, History and potential benefits of positive comity (DAFFE/CLP/WP3(98)3).

10/ Véase H. Spier y T. Grimwalde, "International engagement in competition law enforcement: the future for Australia", Trade Practices Law Journal 5 (1997), pág. 232.

11/ Véase la comunicación de los Estados Unidos presentada al Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (WT/WGTCP/W/48).

12/ Véase el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas "Commission report to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between Communities and the Government of the

United States of America regarding the application of their competition laws - 1 January 1997 to 31 December 1997", Bruselas, 11 de mayo de 1998.

13/ Ibíd.

14/ Información contenida en el documento de la UNCTAD titulado Casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país, en particular en los países en desarrollo y otros países, con conclusiones generales acerca de las cuestiones planteadas por estos casos (TD/RBP/CONF.4/6).

15/ Véase el documento WT/WGTCP/W/48, ya citado.

16/ Véase también Consorzio del Prosciutto de San Daniele - Consorzio del Prosciutto di Parma (Rif. 1138, Delibera del 19.06.96 - Boll. N° 25/1996) (cuotas de producción mantenidas por los productores de jamón de Parma, Italia; la Comisión Federal de Comercio remitió la acción de aplicación de los instrumentos al organismo italiano que se ocupa de la cuestión de la competencia).

17/ Véase "Klein, Pitofsky, business leaders brief senators on pitfalls of foreign enforcement", Antitrust & Trade Regulation Report 75, 8 de octubre de 1998, pág. 417.

18/ Véase "FTC Chairman discusses competition policy trends in international antitrust enforcement", Antitrust & Trade Regulation Report 75, 12 de noviembre de 1998, pág. 555.

19/ Véase Ahlstrom et al. c. European Commission (1988) ECR 5193, (1988) 4 C.M.L.R. 901, y el documento WT/WGTCP/W/48, ya citado.

20/ Véase el documento TD/B/COM.2/EM/2, ya citado.

21/ Véase M. Bloom, "International cooperation between competition authorities", discurso pronunciado ante la conferencia anual del Law Society's Solicitors' European Group, Bristol, 13 de junio de 1997, pág. 5, citado en OCDE, op. cit.

22/ Véase "International cooperation in civil matters by Canadian authorities remains in limbo", Antitrust and Trade Regulation Report 75, 8 de octubre de 1998, pág. 416.

23/ Información contenida en el documento TD/B/RBP/CONF.4/6, ya citado.

24/ Véase el documento WT/WGTCP/W/48, ya citado.

25/ Véase el duodécimo informe bienal 1996/1997, sobre la apertura de los mercados, de la Comisión Alemana de Monopolios, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998.

26/ Ibíd.

27/ Véase "A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy", alocución pronunciada por Joel L. Klein, Viceministro de Justicia Interino, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ante el Instituto Real de Asuntos Internacionales, Londres, 18 de noviembre de 1996.

28/ Véase The basic objectives and main provisions of competition laws and policies (UNCTAD/ITD/15) y TD/B/COM.2/EM/2, ya citado.

29/ Véase el documento del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia que contiene una comunicación de los Estados Unidos sobre los efectos de las prácticas regulatorias, los monopolios estatales y los derechos exclusivos en materia de competencia y el comercio internacional (WT/WGTCP/W/83).

30/ Ibíd.

31/ "Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo" (WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998).

32/ Véase Competition Policy and International Trade: Instruments of Cooperation, OCDE, París, 1987.

33/ Véase A. Schaub, "International cooperation in antitrust matters: making the point in the wake of Boeing/MDD proceedings", EC Competition Policy Newsletter, N° 1 (1998), pág. 2.

34/ Véase Schaub, op. cit.

35/ Véanse las declaraciones de los representantes del Brasil, el Canadá y los Estados Unidos en el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia, Informe de la reunión de 11 a 13 de marzo de 1998 (WT/WGTCP/M/74, párrs. 41, 54 y 55).

36/ Véase Spier y Grinwalde, op. cit.

37/ Véase la declaración del representante del Brasil, en el párrafo 55 del documento WT/WGTCP/M/74, ya citado.

38/ Información contenida en el documento TD/RBP/CONF.4/6, ya citado.

39/ Véase Y. Kenfack, La politique de la concurrence dans les transports maritimes internationaux: enjeux pour les pays en développement, estudio preparado para la secretaría de la UNCTAD.

40/ Véase el documento TD/RBP/CONF.4/6, ya citado.

41/ Ibíd.

42/ Véase "A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy", alocución pronunciada por Joel L. Klein, Viceministro de Justicia interino, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ante el Instituto Real de Asuntos Internacionales, Chatham House, Londres, 18 de noviembre de 1996.

43/ Comunicación presentada por las autoridades mexicanas al Secretario General de la UNCTAD. Véase también el informe del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, "Informe de la reunión de los días 27 y 28 de noviembre de 1997" (WT/WGTCP/M/3, declaración del representante de México en el párrafo 65).

44/ Véase G. Castañeda, "Mexico: competition policy and economic integration in NAFTA and MERCOSUR", International Business Lawyer 26 (1998), pág. 496.

45/ Véase la declaración del representante de la Argentina en el párrafo 53 del documento WT/WGTCP/M/4, ya citado.

46/ Véase B. Ciuffetelli, "Role of antitrust law in Latin American integration", International Business Lawyer 26 (1998), pág. 522.

47/ Véase Schaub, op. cit.

48/ Véase la información sobre los importantes intercambios que tienen lugar en el marco de la OCDE en el documento del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, "Comunicación de la OCDE" (WT/WGTCP/W/21).

49/ Véase XXVIIth Report on Competition Policy 1997, Comisión Europea, Bruselas y Luxemburgo, 1998.

50/ Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, "Informe de la reunión de los días 11 a 13 de marzo de 1998" (WT/WGTCP/M/4), párr. 52.

51/ Véase Y. Kenfack, "Règlementation communautaire de la concurrence et renforcement du processus d'intégration économique en Afrique centrale", estudio preparado para la secretaría de la UNCTAD.

Anexo 1

ACUERDOS BILATERALES SOBRE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre cooperación mutua en materia de prácticas comerciales restrictivas (Bonn, 23 de junio de 1976).

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Australia sobre cooperación en asuntos antimonopolio (Washington, 29 de junio de 1982).

Acuerdo entre la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República Francesa sobre cooperación en materia de prácticas comerciales restrictivas (28 de mayo de 1984).

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de sus leyes reguladoras de la competencia (23 de septiembre de 1991; entrada en vigor 10 de abril de 1995).

Acuerdo de cooperación y coordinación entre la Comisión Australiana de Prácticas Comerciales y la Comisión Neozelandesa de Comercio (julio de 1994).

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Canadá sobre la aplicación de sus leyes en materia de competencia y de prácticas desleales de comercialización (Washington, 1º de agosto de 1995, y Ottawa, 3 de agosto de 1995).

Acuerdo entre los Estados Unidos de América y Australia sobre actuación mutua antimonopolio (1997).

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de principios de colaboración positiva para la puesta en práctica de sus leyes reguladoras de la competencia (4 de junio de 1998).

Anexo 2

**SELECCIÓN DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO, UNIÓN ADUANERA O
MERCADO COMÚN QUE CONTIENEN DISPOSICIONES SOBRE EL DERECHO
Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA**

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
(París, 18 de abril de 1951).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo
de 1957)

Convenio Constitutivo de la Asociación Europea de Libre Comercio
(Estocolmo, 4 de enero de 1960).

Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía
(1961), junto con la decisión N° 1/95 del Consejo de Asociación entre la
Unión Europea y Turquía sobre la ejecución de la fase final de la Unión
Aduanera (22 de diciembre de 1995).

Tratado Constitutivo de la Unión Aduanera Económica del África Central
(Brazzaville, diciembre de 1964).

Acuerdo de Integración Subregional Andina (Cartagena, 26 de mayo
de 1969), junto con la decisión N° 285 de la Comisión Andina: "Normas para
prevenir o corregir las distorsiones causadas por prácticas que limitan la
libre competencia" (21 de marzo de 1991).

Tratado Constitutivo de la Comunidad del Caribe (Chaguaramas, 4 de julio
de 1973; entrada en vigor, 1° de agosto de 1973).

Acuerdo sobre el estrechamiento de las relaciones económicas entre
Australia y Nueva Zelandia (entrada en vigor, 1° de enero de 1983), junto con
el Protocolo sobre aceleración del libre intercambio de mercancías (1988;
entrada en vigor, 1° de julio de 1990) y el Memorando de entendimiento entre
el Gobierno de Nueva Zelandia y el Gobierno de Australia sobre armonización
del derecho mercantil (1° de julio de 1988).

Acuerdo sobre el Mercado Común del Sur (Asunción, 26 de marzo de 1991),
junto con la decisión N° 17/96, que contiene el Protocolo sobre la defensa de
la competencia (17 de diciembre de 1996)

Tratado Constitutivo de la Comunidad de Desarrollo del África Meridional
(Windhoek, 17 de agosto de 1992), junto con el Protocolo relativo al comercio
(agosto de 1996).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno de los
Estados Unidos, el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos
de México (Washington, 8 y 17 de diciembre de 1992; Ottawa, 11 y 17 de
diciembre de 1992, y Ciudad de México, 14 y 17 de diciembre de 1992).

Acuerdo de Libre Comercio de Europa Central (entrada en vigor, 1º de marzo de 1993).

Tratado de Unión Económica de la Comunidad de Estados Independientes (Moscú, 24 de septiembre de 1993).

Tratado relativo a la armonización del derecho mercantil en África (Port Louis, 17 de octubre de 1993).

Tratado Constitutivo del Mercado Común del África Oriental y Meridional (Kampala, 5 de noviembre de 1993).

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas, sus Estados miembros y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y el Reino de Suecia (13 de diciembre de 1993; entrada en vigor, 1º de enero de 1994).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (Nyamena, 16 de marzo de 1994).

Acuerdos Europa entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y, respectivamente, las Repúblicas de Hungría y Polonia, por otra (Bruselas, 16 de diciembre de 1991; entrada en vigor, 1º de febrero de 1994); las Repúblicas de Bulgaria y Rumania (entrada en vigor, 1º de febrero de 1995); las Repúblicas de Estonia, Letonia y Lituania (12 de junio de 1995) y Eslovaquia y Eslovenia (15 de junio de 1995).

Acuerdos Europa constitutivos de una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y, respectivamente, la República Checa, la República Eslovaca y Rumania (entrada en vigor, 1º de febrero de 1995).

Acuerdos de libre comercio y asuntos relacionados con el comercio entre la Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y la Comunidad Europea de Energía Atómica, por una parte, y las Repúblicas de Estonia, Letonia y Lituania respectivamente (12 de junio de 1995) y las Repúblicas de Eslovaquia y Eslovenia (15 de junio de 1995).

Acuerdos sobre asociación y cooperación entre la Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y la Comunidad Europea de Energía Atómica, por una parte, y la República de Ucrania (14 de junio de 1994); la Federación de Rusia (24 de junio de 1994); la República de Kazajstán (23 de enero de 1995); la República Kirguisa (9 de febrero de 1995); la República de Moldova (28 de noviembre de 1994) y la República de Belarús (6 de marzo de 1995) respectivamente.

Programa de Acción de Osaka, 1995, aprobado por el foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (CEAP).

Acuerdos euromediterráneos constitutivos de una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Israel (Bruselas, 22 de noviembre de 1995); el Reino de Marruecos (30 de enero de 1996); la República de Túnez (17 de julio de 1996); la Autoridad Palestina (2 de junio de 1997); y Jordania (24 de noviembre de 1997) respectivamente.

Acuerdo marco de cooperación que, en última instancia, propiciará el establecimiento de una asociación política y económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra (Florescia, 21 de junio de 1996).

Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile (Ottawa, 14 de noviembre de 1996; entrada en vigor 1º de junio de 1997).

Anexo 3

**INSTRUMENTOS MULTILATERALES Y PLURILATERALES RELATIVOS
AL DERECHO Y A LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA**

Declaración de la OCDE sobre inversión internacional y empresas multinacionales (anexo del documento 21 (76) 04/1, 21 de junio de 1976).

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre las prácticas comerciales restrictivas con consecuencias sobre el comercio internacional, entre ellas las de las empresas multinacionales, 20 de julio de 1978.

Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General en virtud de su resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980.

Recomendación del Consejo de la OCDE acerca de la cooperación entre países miembros en esferas de posible conflicto entre las políticas de la competencia y de comercio (C(86)65(Final), 23 de octubre de 1986).

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre "disposiciones para atenuar los conflictos: gestiones de moderación y contención" (1987).

Acta Final de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, hecha en Marrakech en abril de 1994.

Recomendación revisada del Consejo de la OCDE sobre cooperación entre los países miembros en relación con las prácticas anticompetitivas que tienen consecuencias sobre el comercio internacional (27 y 28 de julio de 1995 (C(95)130/Final)).

Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la adopción de medidas eficaces de lucha contra los cárteles consolidados.

Acuerdo de la OMC sobre los servicios de telecomunicaciones básicas (15 de febrero de 1997; entrada en vigor, 1º de enero de 1998).
