

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

**PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN
EN EL MARCO DE LA OMC: OBLIGACIONES RELATIVAS
A LAS PRÁCTICAS PRIVADAS, LEYES NACIONALES SOBRE
LA COMPETENCIA Y CONSECUENCIAS PARA UN MARCO
DE POLÍTICA DE COMPETENCIA***



NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2003

* *Preparado a solicitud de la UNCTAD por James H. Mathis, Departamento de Derecho Internacional, Universidad de Amsterdam. Todo posible error es responsabilidad del autor. Las opiniones expresadas en este documento son las del autor y no reflejan necesariamente las de la UNCTAD, sus funcionarios o miembros.*

Nota

- Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.
-
- Las opiniones expresadas en este volumen son las de sus autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la Secretaría de las Naciones Unidas. Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.
-
- El contenido de esta publicación podrá citarse o reproducirse libremente siempre que se mencione su origen, con indicación de la firma del documento. Deberá remitirse a la secretaria de la UNCTAD en: Palais des Nations, CH-1211 GINEBRA 10, Suiza, un ejemplar de la publicación que contenga los pasajes citados o reproducidos.

UNCTAD/DITC/CLP/2003/2

RESUMEN

En el presente documento se examinan la pertinencia y posible aplicación de los principios fundamentales de la OMC para conseguir una cooperación multilateral más estrecha en materia de competencia. En el párrafo 25 de la Declaración Ministerial de Doha de la OMC se afirmaba que “la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad. Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarlas”.

En el presente documento se examinan únicamente las cuestiones relacionadas con la no discriminación, la transparencia y el debido proceso así como los cárteles intrínsecamente nocivos. No obstante, como se indica con claridad en el mandato de Doha antes citado, el debate y las aclaraciones dentro del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia no se limitan a los principios fundamentales y podrían incluir el trato especial y diferenciado como cuarto principio fundamental. Así se observa claramente en el párrafo 25, en el que se afirma que la aclaración debería centrarse en determinadas materias “*incluidas*” en los principios fundamentales. El examen detenido del trato especial y diferenciado se lleva a cabo en un informe independiente¹.

Desde la Declaración de Doha, las deliberaciones sobre los principios fundamentales de la OMC dentro del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se han centrado en la no discriminación, la transparencia y el debido proceso.

Estas deliberaciones se han llevado a cabo en buena medida dentro del contexto de las presentaciones y propuestas de la CE acerca de un marco multilateral de política de competencia, en el que se incluye también como disposición central la prohibición de determinados cárteles internacionales “intrínsecamente nocivos”.

El concepto de la CE sobre la obligación de trato nacional, así como la forma en que dicho planteamiento da vigencia jurídica a la prohibición de los cárteles, es el centro de los debates en el Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

Las normas de la OMC recogidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) no imponen a los miembros obligaciones generales de crear afirmativamente mercados internamente competitivos, ni les exigen que impongan medidas positivas o establezcan recursos contra los operadores privados que adoptan prácticas restrictivas que perjudican el comercio de otros miembros. Sólo se señalan algunas excepciones, por ejemplo, los monopolios y cárteles patrocinados por el Estado, el Artículo IX del AGCS –en el que se prevén consultas relativas a determinadas prácticas anticompetitivas–, y disposiciones dentro del documento de referencia del AGCS sobre telecomunicaciones.

El trato nacional en el marco del GATT y del AGCS, por su mismo alcance, sólo consideran el trato concedido a las mercancías, los servicios y los proveedores de servicios

¹ The Development Dimension of Competition Law and Policy (W. Lachmann) UNCTAD/IPCD/CLP/Mis. 9.

importados. No obstante, dentro de este alcance limitado, la legislación sobre el trato nacional ha evolucionado de manera significativa en lo que respecta al análisis de la discriminación tanto *de jure* como *de facto*. De acuerdo con la actual legislación de la OMC, no se puede suponer que una exclusión sectorial formulada dentro de una ley nacional estará libre de impugnación relativa al trato nacional. Esta impugnación podría tener lugar cuando una exclusión no se aplique a un producto (o servicio) directamente competidor o sustituible (DCS), o cuando el efecto de la exclusión sea eliminar toda posibilidad de que “los productos o servicios importados semejantes” puedan participar en los mismos acuerdos restrictivos internos u otros semejantes.

Por otro lado, la propuesta de la CE limita la obligación de trato nacional a la discriminación *de jure* dentro del ámbito de las leyes nacionales, incluida su legislación administrativa y secundaria. Por el contrario, la propuesta de la CE amplía el ámbito del trato nacional del GATT y el AGCS orientando la obligación no hacia las mercancías importadas o los proveedores de servicios importados sino a las empresas y otros operadores económicos en términos más generales, en función de la nacionalidad. Las leyes nacionales sobre competencia no suelen discriminar por razón de la nacionalidad de las empresas. No obstante, en el contexto jurídico de la OMC, la obligación de trato nacional propuesta por la CE se aplicaría con independencia de que las mercancías fueran o no importadas. En virtud de lo dispuesto en el AGCS la obligación de trato nacional se aplicaría con dependencia de que un Miembro hubiera asumido o no el compromiso de acceso a los mercados y trato nacional.

Este concepto amplio de trato nacional servirá de apoyo jurídico para la prohibición marco propuesta en relación con los cárteles nacionales intrínsecamente nocivos que repercutan en las importaciones. Ello se debe a que se establecería un derecho no discriminatorio de recurso privado para impugnar los acuerdos restrictivos locales que se incluyeran en el marco de la prohibición.

Tal como está formulada la propuesta de la CE, parece que la obligación de trato nacional no es base jurídica adecuada para una prohibición sobre los cárteles. Efectivamente, en ausencia de otras disposiciones obligatorias afirmativas, no apreciables en las propuestas de la CE, los Estados Miembros no tienen ninguna obligación de adoptar medidas para corregir las prácticas restrictivas nacionales, con inclusión de los cárteles y la posición dominante que influyen en el comercio transfronterizo. Es legítimo pensar que la prohibición de determinados cárteles intrínsecamente nocivos en la OMC puede servir de base jurídica para que los Miembros reparen los efectos externos de las prácticas nacionales. No obstante, en las actuales propuestas de la CE no se formula expresamente ninguna obligación de adoptar dichas medidas afirmativas. Además, como las leyes nacionales sobre la competencia están basadas en un principio de “territorialidad” (efectos internos), no tienen tampoco una base jurídica interna para la jurisdicción sobre la “nacionalidad” que permitiría a las autoridades adoptar medidas contra los operadores nacionales, ya que sus prácticas pueden repercutir en otros territorios.

La cooperación internacional se propone como medio de resolver los “efectos externos” de las prácticas anticompetitivas, como complemento de los actuales acuerdos bilaterales en los que se establecen obligaciones de cortesía positiva para hacer frente a los efectos externos. En las propuestas no se observa con claridad si la cooperación voluntaria (no vinculante) se considera como una contraprestación suficiente a cambio de una obligación más estricta de aplicar leyes nacionales de competencia. No obstante, la actual legislación de la OMC, por ejemplo, la cláusula de nación más favorecida (NMF) del GATT, no impone la obligación de ampliar los acuerdos existentes de cooperación bilateral en beneficio de otros Miembros. En este contexto, la cláusula de NMF se aplica únicamente a las cuestiones contempladas en el párrafo 4 del Artículo III del GATT, que se limita a las cuestiones relativas a la venta de mercancías en el mercado *interior*.

De todo lo dicho se deduce que debería considerarse la posibilidad de dar a este marco una orientación más relacionada con el comercio. Un marco multilateral que se limitara únicamente a los aspectos relacionados con el comercio estaría más en consonancia con la práctica establecida en los sistemas federales, los acuerdos regionales de comercio y los acuerdos multilaterales ya existentes. Así ocurre en la jurisdicción del derecho federal de los Estados Unidos, la legislación del Tratado de la CE, los Acuerdos de Asociación de la CE, el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (Naciones Unidas) y, anteriormente, la Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio. En todos estos ejemplos, se establece una base para adoptar medidas en las cuestiones que repercuten o podrían repercutir en el comercio entre Estados. En dichos ejemplos se propone de entrada un conjunto de medidas correctivas más orientadas hacia el derecho mercantil. Si bien una autoridad nacional en materia de competencia quizá no tenga jurisdicción nacional para hacer frente a los efectos externos de las prácticas internas, las autoridades con competencias en el derecho mercantil pueden ocuparse y se ocupan de hecho de las restricciones ilegales de las importaciones y las exportaciones. Por ejemplo, se ha utilizado el principio de “extraterritorialidad” para ampliar la competencia de las autoridades judiciales nacionales a fin de que puedan ocuparse de los efectos externos, como ha ocurrido en el caso del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Un marco “relacionado con el comercio” no debería centrarse en la eliminación de las prácticas anticompetitivas como objetivo general, ni limitar su ámbito a los cárteles internacionales. Más bien, debería hacerse hincapié en la necesidad de abordar las prácticas restrictivas que están limitando las importaciones o exportaciones de mercancías o servicios. Las importaciones y las exportaciones se tratarían de la misma manera estableciendo la obligación de un Miembro de atender una petición formulada por otros Miembros. Por ejemplo, quizá convendría acomodar las disposiciones operativas, como en el acuerdo independiente adjunto para el GATT y el AGCS. Con ello se garantizaría que el ámbito de las disposiciones del marco se mantuviera dentro del contexto de los acuerdos adjuntos con el fin de instrumentar las disposiciones existentes.

En el contexto del GATT, en el Artículo XI se prevé una prohibición de las medidas gubernamentales relativas a las exportaciones e importaciones. Dicho Artículo debería ser el punto de referencia primario para respaldar mejor jurídicamente un alto grado de responsabilidad estatal para que los Miembros se planteen afirmativamente las prácticas restrictivas privadas que repercuten en el comercio de otros Miembros. Ello podría llevarse a cabo mediante un entendimiento sobre la aplicación del Artículo XI del GATT a las prácticas comerciales restrictivas. De la misma manera, en el Artículo 11 del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC se prohíbe también a los Miembros que cooperen en el establecimiento de restricciones en forma de limitaciones voluntarias de las exportaciones u otras medidas semejantes.

No obstante, conviene señalar que el AGCS no tiene una jerarquía que establezca una prohibición existente contra determinadas medidas que influyen en las importaciones o exportaciones. De todas formas, en el Artículo IX del AGCS se establece ya una base para las consultas sobre prácticas privadas anticompetitivas que contradicen las obligaciones contraídas en el AGCS. Por lo tanto, dicho Artículo puede constituir el punto de referencia primario para instrumentar una prohibición más amplia con respecto a las importaciones y exportaciones de mercancías y servicios y con respecto a los proveedores de servicios.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Resumen	iii
I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN	1
I.1 Debates sobre los principios fundamentales	2
I.2 Vínculo con una prohibición	4
I.3 Exclusiones, exenciones y arquitectura de desarrollo	5
I.4 La prohibición, en el núcleo de un marco	6
I.5 Cooperación internacional	8
I.6 Una prohibición basada en el Artículo XI del GATT	9
I.7 Forma de la prohibición que regula las modalidades	10
II. LA OMC PARA LOS AGENTES PRIVADOS Y LAS LEYES NACIONALES DE COMPETENCIA	13
II.1 Limitaciones de la OMC sobre la consideración del comportamiento privado	13
II.1.1 Introducción	13
II.1.2 Mercancías	13
II.1.3 Servicios y proveedores	14
II.1.4 ADPIC	16
II.1.5 Conclusión de esta sección: El Estado continúa siendo el tema principal ...	17
II.2 Aplicación de la OMC a las leyes nacionales de competencia	18
II.2.1 Introducción	18
II.2.2 Mercancías	19
II.2.3 Servicios y proveedores de servicios	20
II.3 Conclusión de esta Parte: Línea divisoria entre acción pública y privada	21
II.3.1 Japón – Películas fotográficas	24
II.3.2 Las “prescripciones” como resultado de acciones múltiples o sucesivas	25
III. TRATO NACIONAL PARA LAS LEYES DE COMPETENCIA Y LAS DISPOSICIONES MARCO	27
III.1 Introducción	27
III.2 Igualdad efectiva de las oportunidades competitivas	28
III.2.1 Disposiciones formalmente idénticas o no idénticas	29
III.2.2 Aplicación <i>de jure</i> y <i>de facto</i>	30
III.2.3 La analogía del terreno de juego	31
III.3 Trato nacional y exclusiones	32
III.3.1 Una exclusión, en cuanto prescripción o medida	33
III.3.2 Comparación dentro de la exclusión: Igualdad de oportunidad anticompetitiva	33
III.3.3 La exclusión como aspecto de una disposición más amplia	35
III.3.4 Consecuencias de una definición ampliada de productos similares	37
III.4 Decisiones de casos individuales	39

	<i>Página</i>
III.4.1	Como base común para las consultas 39
III.4.2	Necesidad de una disposición 40
III.4.3	Las interpretaciones en cuanto que constituyen un conjunto de leyes 41
III.4.4	Limitaciones del análisis <i>de facto</i> para las decisiones individuales 41
III.5	Conclusión de esta Parte: Consideraciones para un Marco PC 42
IV.	PROHIBICIÓN, COOPERACIÓN Y NACIONALIDAD 47
IV.1	Introducción: Necesidad de la prohibición 47
IV.2	Límites a la jurisdicción territorial 49
IV.2.1	Leyes de competencia de base territorial 49
IV.2.2	Compatibilidad de las leyes nacionales con el trato nacional 49
IV.2.3	Incapacidad del territorio para abordar los efectos externos 50
IV.2.4	Normas del GATT que prohíben ciertos efectos externos 50
IV.3	Cooperación y consideraciones relativas al trato NMF 51
IV.3.1	Aplicación del trato NMF a las leyes y medidas internas 51
IV.3.2	¿Se aplica la condición de NMF a los acuerdos de cooperación? 52
IV.4	La nacionalidad, como base de la jurisdicción 53
IV.4.1	El Convenio de la OCDE y la Ley de los Estados Unidos sobre prácticas corruptas extranjeras 54
IV.4.2	La nacionalidad, influenciada por las diferencias de trato nacional en la política de competencia 55
IV.5	Conclusión de esta Parte: El Artículo XI del GATT como principio básico 55
IV.5.1	La exclusión, como base de la restricción 56
V.	CONCLUSIÓN 59

I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PROHIBICIÓN

El Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (WGTCP) es un foro que ha permitido a los Miembros examinar durante los últimos años “la pertinencia de los principios fundamentales de la OMC de trato nacional, transparencia y trato de nación más favorecida con respecto a la política de competencia y viceversa”². Como complemento de este debate, la Secretaría de la OMC y otras organizaciones internacionales han presentado documentos de antecedentes y resúmenes sobre los principios fundamentales del GATT/OMC y sobre aspectos relativos a las prácticas anticompetitivas (intrínsecamente nocivas). Un número significativo de Miembros de la OMC han formulado comentarios o presentado observaciones por escrito sobre las cuestiones planteadas aplicando los principios fundamentales a las leyes nacionales de competencia³. Asimismo, se ha presentado al menos una propuesta detallada de la CE en la que se esbozan los elementos propuestos para un acuerdo sobre un marco de política de competencia de la OMC (Marco PC). En él se incorporan los principios fundamentales del GATT/OMC, junto con una prohibición relativa a algunas prácticas anticompetitivas. Continúa la reflexión y la presentación de comentarios al respecto⁴.

En la Declaración Ministerial de Doha de la OMC se pedía la continuación del debate con alguna referencia aparente a un punto final, y todos los Miembros adoptaron el siguiente texto:

“25. En el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor ulterior en el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia se centrará en la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad. Se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes y se preverá la flexibilidad apropiada para tratarlas.”⁵

² OMC, Informes anuales del WGTCP para 1999, 2000 y 2001, WT/WGTCP/5, WT/WGTCP/4 y WT/WGTCP/3.

³ Notas de antecedentes de la Secretaría de la OMC, WT/WGTCP/W/115, mayo de 1999; WT/WGTCP/W/209, 19 de septiembre de 2002; OCDE, Applying Core Principles in a Multilateral Framework on Competition, COM/DAFFE/TD (2002) 49, 10/05/02; UNCTAD, El programa de trabajo positivo y las futuras negociaciones comerciales (2000); UNCTAD, Draft Consolidated Report of Regional Meetings, 22 de abril de 2002. Las presentaciones de los Miembros de la OMC llevan la signatura “W”, y las observaciones de los Miembros en las reuniones se recogen en los documentos que tienen la signatura “M”. Por razones de brevedad, los documentos del Comité se citan aquí sin incluir la referencia al mismo ((WGTCP), por ejemplo, WT/W/* y WT/M/*.

⁴ Propuestas de la CE de septiembre de 2000, revisadas en marzo de 2001, WT/W/152 y WT/W/160. Concordantes en general: Canadá, WT/W/174, 02/07/01; Japón, WT/W/156, 19/12/00. Presentaciones con elementos que van más allá de la propuesta de la CE: Suiza, WT/W/151, 22/09/00; Corea, WT/W/133, 15/07/99; Hong Kong, WT/W/118, 26/05/99. Varios participantes en el Grupo de Trabajo no han presentado aportaciones, pero han formulado observaciones sobre las propuestas de un marco y han hecho algunas sugerencias. Véanse los documentos WT/WGTCP/M/, en general de 1999 en adelante.

⁵ W/MIN(01)/DEC/1, 11/14/01, párr. 25.

I.1 Debates sobre los principios fundamentales

El debate sobre los principios fundamentales, en particular sobre la manera de aplicar los principios a las leyes nacionales de competencia y/o dentro de un Marco PC está ya bastante avanzado, y se han determinado varias cuestiones que se han resumido para someterlas a ulterior consideración por parte de los Miembros⁶. Se reconoce que las leyes de competencia suelen ser intrínsecamente compatibles con los elementos de la no discriminación, y en la mayoría de los casos parece que no presentan dificultades para atender las consideraciones relacionadas con la transparencia y el debido proceso⁷. Ello lleva a algunos a concluir que la incorporación de los principios fundamentales del GATT/OMC a un Marco PC es fundamentalmente una propuesta redundante. Otros consideran que la referencia explícita a los principios establecerá un conjunto de parámetros de la OMC para los reglamentos nacionales. Con ello se garantizará que las leyes de competencia promuevan sus objetivos declarados en armonía con los del sistema de comercio multilateral. A este respecto, podría considerarse que la Declaración de Doha coincide con ello, y reconoce también “las razones en favor de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo”⁸.

Podría hacerse una observación de carácter más amplio. El número mucho mayor de territorios que promulgan leyes de competencia representa una posibilidad cierta de que varias de ellas puedan contener disposiciones que incluyen también objetivos proteccionistas o de alguna manera crean obstáculos nuevos e innecesarios al comercio y a la inversión.

El panorama se complica cuando se proponen modificaciones de los principios fundamentales para un Marco PC. Estas divergencias con respecto a las obligaciones del GATT/OMC deben considerarse también teniendo en cuenta la forma en que se afirma ya que las leyes de competencia reflejan los principios fundamentales, y preguntando si dichas leyes tienden también a reflejar esas modificaciones propuestas⁹. Podría responderse sumariamente diciendo que las leyes existentes quizá no estén en total conformidad con la ley de no discriminación de la OMC, en su forma actual. Las limitaciones propuestas para un Marco PC pueden reducir el alcance de las normas de la OMC a lo que los Miembros estén dispuestos a aceptar como mínimo común denominador, sobre todo en cuanto a la relación entre las leyes nacionales de competencia y otras políticas nacionales sobre industria, inversión y desarrollo. Dichas limitaciones quizá no se apliquen en beneficio exclusivo de los territorios en desarrollo.

La contracción de las normas de la OMC resulta especialmente patente en las propuestas de limitar el examen del trato nacional a los casos de discriminación *de jure*, en que el texto de la legislación nacional reconoce una diferencia de trato basada en el origen. Como se examina en la Segunda Parte, las normas de la OMC sobre trato nacional se aplican ya a las leyes de competencia y, como se especifica con detalle en la Tercera Parte, ha elaborado ya también una

⁶ Recientemente, Secretaría de la OMC, WT/W/209, 19 de septiembre de 2002.

⁷ Por ejemplo, Estados Unidos, WT/W/142, 03/08/00 y WT/W/131, 13/07/99; Japón, WT/W/135, 14/07/99; Sudáfrica, WT/W/138, 11/09/99.

⁸ W/MIN(01)/DEC/1., párr. 23, “Reconociendo los argumentos en favor de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera, como se indica en el párrafo 24, convenimos en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones”.

⁹ Para la CE, WT/W/152, pág. 7, punto 1(b).

norma de examen *de facto* orientada a los efectos¹⁰. Ello permite examinar los efectos diversos de una ley en los casos en que la ley misma no refleja una diferencia en el trato que deba concederse por razón del origen extranjero. En los debates, si los hubiere, podría haber cierta confusión debido a la idea errónea de que estas obligaciones de la OMC no se aplican a las leyes de competencia en ausencia de una disposición en la que se especifique que sí se aplican. Así, cuando se propone también que las medidas de no discriminación en el Marco PC no podría afectar en ningún caso a las políticas sociales, industriales y de empleo (etc.), el origen podría estar en ese mismo concepto. En tal caso se supone, (incorrectamente), que, como la OMC no ha elaborado un marco que se aplique a estas políticas internas, las disposiciones sobre no discriminación no son en cierta manera (todavía) aplicables a esas políticas¹¹.

Lo que representa una limitación significativa con respecto a la aplicación del GATT/OMC es que estos principios fundamentales no tienen ninguna aplicación directa a las medidas adoptadas por los agentes económicos privados sin exigencias, imposiciones o estímulos adicionales promovidos por el Estado. En cambio, se aplican plenamente a las leyes, reglamentos y prescripciones de los Miembros cuando influyen en la venta o distribución de mercancías importadas de manera que se conceda trato menos favorable a las de origen extranjero. Lo mismo ocurre en el caso de los servicios y los proveedores de servicios cuando un Miembro adquiere un compromiso consignado en el marco del AGCS. Dado que las leyes de competencia, igual que cualquier otra ley, pueden adaptarse para hacer posible la protección interna en relación con uno u otro aspecto, no es impensable, en el marco de la actual legislación de la OMC, que en algunos casos se rebase la línea de delimitación entre la ley de competencia y la ley de trato nacional.

En este contexto surge una especie de paradoja en las propuestas referentes al trato nacional. Si bien es posible documentar una *contracción* en la limitación a la discriminación *de jure*, parece también haber una expansión del concepto en la medida en que se ha propuesto para hacer referencia a las compañías y empresas en función del origen más que de las mercancías (GATT) y/o a los servicios y los proveedores de servicios (AGCS). En el caso de la legislación del GATT ello elimina la vinculación exigida en la prueba, en la que se debe demostrar que una prescripción gubernamental referente a las empresas influye en la venta o distribución de los productos en el mercado interno. En los casos relativos a los servicios y los proveedores, las repercusiones son más complejas. En el AGCS el trato nacional no es una obligación general, sino que se efectúa específicamente junto con un compromiso de acceso a los mercados. Al efectuar este compromiso, es posible que los miembros enumeren también excepciones que permitirían no conceder trato nacional. Las políticas de competencia y otras políticas internas relativas a los proveedores no parecen estar enumeradas normalmente en el marco de las excepciones al trato nacional. Así, quizá convendría examinar más a fondo si una disposición del Marco PC va más allá del régimen del AGCS y establece una obligación general de trato nacional en los casos en que no existe en la actualidad. Aunque en la OMC no hay ningún acuerdo

¹⁰ Declaración del delegado de los Estados Unidos, WT/M/15, 14 de agosto de 2001, párr. 43, "...estaba además la cuestión de la compatibilidad última entre el principio de trato nacional y la búsqueda de políticas económicas o de otro tipo, sobre todo cuando dichas políticas se articulaban de manera que no fueran aparentemente discriminatorias, pero podrían aplicarse *de facto* en una forma que fuera beneficiosa sólo para las empresas nacionales".

¹¹ Sobre la ausencia de conflicto con otras políticas, WT/W/160, pág. 3, "No hay ninguna razón a priori para considerar que la aplicación no discriminatoria de una política de competencia pudiera estar en contradicción con las políticas industriales o sociales." Las propuestas para aplicar el trato nacional a las empresas más que a las mercancías o servicios no parece que sea un factor de limitación para la ley existente. En cambio, plantea dudas en cuanto a la aplicación acumulativa (más que como *lex specialis*) de disposiciones de trato nacional de carácter general. Así se trata a continuación.

multilateral sobre el marco para la inversión, podrían aplicarse consideraciones semejantes en relación con los tratados bilaterales que otorgan el trato nacional, o limitan su aplicación en determinados aspectos concretos. Debería examinarse también la relación entre la obligación de un Marco PC y estos mecanismos.

Hasta ahora, el debate ha avanzado hasta el punto de reconocer que las leyes de competencia suelen reflejar los principios fundamentales, pero no ha progresado en lo que respecta a la forma en que los principios fundamentales se aplican de hecho a las leyes de competencia. Un ejemplo notable de este segundo aspecto es la duda de si el trato nacional puede alcanzar a una ley nacional de competencia que haya *excluido* un sector (o esfera de actividad económica) de la cobertura de la ley nacional y sus procedimientos. Para realizar este análisis, hay que hacer referencia a las teorías *de jure* y *de facto* de la evaluación. En el primer caso (*de jure*), aparece una bandera amarilla cada vez que se concede trato diferente otorgado en función del origen que se incorpora a las disposiciones de una ley¹². Como la exclusión de la ley nacional de competencia no tiene que ser necesariamente tan obvia, es más probable que un examen *de facto* considere si el efecto de una exclusión no discriminatoria produce efectos diversos en las mercancías o servicios importados. Aun cuando un Marco PC eliminara esta segunda posibilidad de análisis, sería necesario aclarar para los Miembros cuál sería el tramo restante de normas no discriminatorias, aunque sólo fuera para comprender lo que se ha “excluido” de la legislación del GATT mediante un Marco PC.

I.2 Vínculo con una prohibición

Aquí consideramos las propuestas de prohibición de las prácticas anticompetitivas intrínsecamente nocivas que tienen una dimensión internacional y la forma y la relación que podrían tener con esta cuestión los principios fundamentales. No todas las ideas sobre un Marco PC contienen prohibiciones, pero la propuesta de la CE sí las incluye en forma de (prohibición) declarada para ciertos tipos de cárteles que tienen una “dimensión internacional”¹³, y cuyo tema son las categorías de definición de “intrínsecamente nocivo” empleadas en las recomendaciones de la OCDE¹⁴. Como se ha propuesto hasta ahora, no se incluirían otras esferas que podrían someterse mejor al análisis de la “norma de la razón”. Con ello quedan excluidos el control de concentraciones, las restricciones verticales y el abuso de posición dominante (monopolios)¹⁵.

¹² “Amarilla” porque el trato diferencial explícito puede no dar lugar a trato menos favorable, aunque los ejemplos no son tan frecuentes. El trato diferencial explícito quizá no parezca tampoco tan frecuente, pero podría darse siempre que los criterios de examen se formulan de distinta manera para evaluar a un participante nacional.

¹³ Las tres dimensiones de los cárteles internacionales, descritas en CE, WT/W/152 – Cárteles internacionales, de importación y de exportación. El autor comprende que la propuesta de la CE se propone tratar las tres categorías en la medida en que cualquier tipo de cártel con dimensión internacional incurre en prácticas “injustificables”.

¹⁴ Definición de la Recomendación de la OCDE de 1998 que se aplica a la fijación de precios, licitaciones fraudulentas, restricciones de producción o asignación de clientes y divisiones del mercado. OCDE, C(89)35/FINAL, que se examina en relación con un Marco PC en OCDE, Comunicación ..., WT/W/207, 15 de agosto de 2002, y en que se reconocen los problemas de definición. Ibid. párr. 9. Se señala también que “la mayoría de los 145 casos registrados en el estudio de la OCDE antes descrito eran cárteles nacionales”. Ibid., párr. 5.

¹⁵ Tomado de WT/M/15, 14 de agosto de 2001, párr. 31, del representante de la CE, “...su delegación mantuvo que el único tipo de práctica anticompetitiva...deseable o viable para establecer un principio común eran los cárteles intrínsecamente nocivos...Su delegación reconocía que...un régimen para el control de concentraciones o la forma de hacer frente a las limitaciones de mercado vertical o abuso de posición dominante presentaban dificultades notablemente mayores, y no iba a proponer ningún principio ni norma sustantiva en relación con estas categorías de prácticas anticompetitivas.”

Como hay cierta condena universal de los cárteles intrínsecamente nocivos, considerados *per se* como anticompetitivos, este enfoque de una prohibición de los mismos reconoce lo que los Miembros podrían conseguir ya, sin esperar a más tarde.

Al considerar la no discriminación con respecto a estas áreas excluidas, quizá lo que ocurre es que las mejores posibilidades de presentar una alegación relativa al trato nacional *de facto* serían las relativas a esos aspectos, a diferencia de los cárteles, al menos si se considera que, mientras que los cárteles tienen múltiples partes, existe siempre la posibilidad de que los participantes extranjeros participen de hecho o no estén excluidos por la ley¹⁶. Si bien esta consideración no era probablemente la justificación para eliminar estas u otras esferas de una prohibición, parece que, en consecuencia, hay cierta lógica accidental. Si un Marco PC emplea una versión limitada del trato nacional (sólo *de jure*), una prohibición adicional expresa contra los cárteles intrínsecamente nocivos ayudaría a compensar esa situación. No obstante, aunque resulte algo problemático, en la medida en que un Marco PC no permitiría el análisis *de facto* de la estructura resultante de las leyes nacionales en que se consideran las concentraciones, los sistemas de distribución y los monopolios, ello daría también lugar a un cierto retroceso significativo de la aplicación actual del trato nacional del GATT. En estas esferas, pueden conseguirse también efectos discriminatorios, sin que aparezcan explícitamente en la legislación. Los Miembros pueden aceptar u omitir esta reducción de la aplicación, pero en cualquier caso deberían hacerlo teniendo plenamente en cuenta las consecuencias sobre las prácticas discriminatorias habituales en esas esferas.

I.3 Exclusiones, exenciones y arquitectura de desarrollo

Hasta ahora, lo que se ha conseguido al tratar estos aspectos es aligerar en general las obligaciones del marco. Así, se propone que el trato nacional no deberá aplicarse *de facto* y que deberá permitirse *cualquier* exclusión nacional interna de las leyes de competencia siempre que sea transparente (notificada). Además, se ha afirmado (repetidamente) que la reproducción de los principios fundamentales en las leyes de competencia no influirá en el funcionamiento de otras áreas normativas nacionales relacionadas con las políticas de desarrollo, industria e inversión. La primera posición elimina el articulado y otorga exclusiones para territorios y sectores que no tienen ninguna base de desarrollo para invocarlos. El segundo punto sencillamente no está de acuerdo con la legislación del GATT cuando el trato nacional puede invadir el ámbito de alguna de estas políticas en que sus efectos (por separado o en conjunto) otorgan protección a los productores nacionales.

Deberían considerarse algunas alternativas mejor adaptadas para la incorporación de la dimensión del desarrollo en el marco. Una posibilidad es identificar los objetivos legítimos de los territorios en el desarrollo. Éstos, aunque se desvíen de las consideraciones de la mera eficiencia, deberían incorporarse en un marco desde el principio. Así pues, la pregunta que conviene plantearse es la siguiente: ¿En que circunstancias (o de acuerdo con qué criterios) deberían los países en desarrollo suspender la aplicación de las leyes de competencia para favorecer a las mercancías o empresas nacionales a expensas de las extranjeras?¹⁷

¹⁶ Como los cárteles tienen múltiples partes, es mayor la probabilidad de participación extranjera, o al menos la posibilidad de que los extranjeros no estén excluidos *per se*.

¹⁷ Sobre el inicio de este debate véase la Parte V, UNCTAD, *Closer Multilateral Cooperation On Competition Policy: The Development Dimension, Consolidated Report ...*, WT/WGTCP/W/197, 15 de agosto de 2002.

Deberían realizarse más estudios analíticos, junto con negociaciones sustantivas, para determinar efectivamente cuándo las políticas de competencia deberían poder someterse a otras políticas nacionales que tienen características más claras de trato discriminatorio. Luego, estos puntos deberían incluirse como “objetivos” del acuerdo marco, en reconocimiento de que las políticas de competencia de los territorios pueden acomodarse con el fin de tener debidamente en cuenta esos aspectos. Por ejemplo, los Miembros podrían determinar que “la participación en el Mercado” de las empresas de propiedad nacional o la conservación de las pequeñas y medianas empresas constituyen objetivos legítimos. Hay diferencias entre estas dos políticas. La primera es más discriminatoria que la segunda. No obstante, la primera quizá no sea menos “legítima” en el contexto del desarrollo. Sea como sea, esta identificación debe formar parte del proceso de negociación y, una vez que se llegue a una solución, permitiría a los Estados formular políticas y decisiones de acuerdo con esas orientaciones, aun cuando podrían ser discriminatorias o no constituir el resultado más eficiente.

Conviene señalar también los aspectos mecánicos concretos. Al identificar dichos criterios, suponiendo que los haya, la arquitectura de un Marco PC debería incluir (de entrada) los objetivos legítimos mediante referencia en el preámbulo. Luego, debería continuarse por ese camino identificando dichos aspectos como *exenciones* de las leyes nacionales, otorgando a las partes el derecho a formular leyes nacionales en que se tengan en cuenta dichos objetivos. A ello puede agregarse una disposición explícita en la que se indique que la carga de la prueba en el caso de impugnaciones a las exenciones reconocidas continuará recayendo sobre la parte reclamante. Ello contrasta con un planteamiento que designe las *excepciones* a la norma de la no discriminación, pues en la legislación del GATT en general la presentación de una infracción da lugar a un cambio de la carga de la prueba sobre el demandado. La parte que está tratando de mantener la medida debe identificar y demostrar que una excepción declarada y enumerada es aplicable al caso y se ha aplicado debidamente.

Este planteamiento es demasiado severo y restrictivo para tratar el contexto de desarrollo de un Marco PC. Los derechos pueden reconocerse y designarse. La carga de la prueba se asigna en consecuencia, y debería establecer el grado de ajuste entre la arquitectura del marco y los intereses legítimos de desarrollo.

I.4 La prohibición, en el núcleo de un marco

Si bien la prohibición de las prácticas intrínsecamente nocivas no es en cuanto tal un “principio fundamental”, es sin duda una consideración básica que, si se incluyera, constituiría la esencia misma de un Marco PC. Por ello, el debate y análisis de los principios fundamentales debería llevarse también a cabo para determinar cómo deberían funcionar para hacer realmente efectiva una prohibición. Desde esta perspectiva, es evidente que los principios fundamentales ofrecen una base significativa para que las leyes de competencia puedan funcionar dentro de las normas de la OMC en términos más generales. No obstante, ninguno de los principios que son ahora objeto de debate debería servir como fundamento jurídico para la aplicación de una prohibición. En este sentido, el debate quizá no haya avanzado hasta ahora, ya que parte del mismo tendería a considerar los principios fundamentales como un fin en sí mismo, y otra parte se limitaría al planteamiento de la OCDE y la propuesta de la CE de tener en cuenta estos carteles únicamente en el mercado cuando hayan demostrado sus efectos, territorio por territorio. En esta sugerencia, se plantean inevitablemente los aspectos de la dimensión del desarrollo cuando la capacidad de investigación y aplicación varían tanto entre los Miembros. Las propuestas de reequilibrio en forma de cooperación de la autoridad nacional quizá no sean suficientes para inducir a los países en desarrollo a establecer regímenes internos de observancia para las políticas de competencia en general, o para mejorar las leyes de competencia que ya tienen.

En la actual propuesta de la CE, la prohibición de las prácticas intrínsecamente nocivas es una expresión multilateral del planteamiento recomendado de la OCDE, en el que se hace hincapié en la aprobación de leyes nacionales que luego puedan ser invocadas por agentes nacionales o extranjeros para abordar prácticas (nacionales o extranjeras) que tienen efectos en el mercado del territorio donde se invocan dichas leyes¹⁸. Dicho en forma más clara: Si, en el País A, los residentes del País A organizaron un acuerdo privado con el fin de conseguir efectos restrictivos en el comercio que tiene por destino el País B, las empresas y/o el gobierno del País B adoptarían sus medidas en el País B y de acuerdo con su ley de competencia¹⁹.

A este respecto se ha planteado la crítica conocida como de acceso a los mercados: el efecto neto de tener leyes funcionales en cada Miembro tendería a sustentar impugnaciones más eficaces a los cárteles de importación nacional o distribución interna, es decir los organizados dentro del País B con efectos de las practicas que restringen la importación en el País B. Si bien muchos países en desarrollo (y quizá más pequeños) y sus empresas desearían tener la capacidad de investigar las prácticas organizadas en el País A con el fin de incoar acciones en su propio País B, no parece probable que ello ocurra. Aunque ello sea de importancia anecdótica, los mayores cárteles internacionales descubiertos en los últimos años han sido procesados por sus efectos únicamente por las autoridades de mayor envergadura. En lo que respecta a los territorios más pequeños y en desarrollo, el volumen de las demandas y acciones privadas en virtud de la prohibición puede recaer en forma desproporcionada sobre los cárteles ubicados en sus mercados. Así pues, puede que haya algo de cierto en la afirmación de que la prohibición tal como se enuncia consiste más en establecer un régimen de observancia para presionar a los mercados competitivos que funcionan internamente (la cultura de la competencia) que en eliminar prácticas comerciales restrictivas que repercuten en el mercado internacional de bienes y servicios.

Una dificultad fundamental que se encuentra en el núcleo mismo de estas críticas es el desequilibrio entre el trato de las importaciones y las exportaciones. Ello se debe a la limitación de la observancia contenida en la prohibición acerca de los conceptos territoriales “tradicionales” de jurisdicción que se aplican en el funcionamiento de las leyes nacionales de competencia. Esta propuesta, si se limita únicamente a los efectos internos, sitúa la responsabilidad de la dimensión internacional de las prácticas restrictivas en los territorios que son los menos capaces de hacer nada al respecto. Al sintonizar el “remedio” con la estructura de las leyes nacionales de competencia, se pasan por alto algunos aspectos importantes. En primer lugar, la legislación existente del GATT propone ya una teoría mucho más vigorosa de la responsabilidad para las políticas *gubernamentales* cuando éstas repercuten en el comercio con otros territorios. Una restricción a la exportación promulgada por el País A con respecto al País B es ya recurrible en virtud del GATT, en cuanto medida diferente de un derecho de aduana según el Artículo XI del GATT.

No obstante, se puede conseguir el mismo efecto sobre el comercio, sin recurso a ninguna norma del GATT, cuando las empresas conciertan acuerdos privados mientras son residentes en el País A. Es posible que un sistema de solución de diferencias más eficaz con respecto a la prohibición de las restricciones cuantitativas anime a las empresas privadas a reproducir más

¹⁸ Mencionado recientemente en la Comunicación de la CE WT/W/193, 1 de julio de 2002, párr. 21.

¹⁹ El concepto aquí utilizado de jurisdicción “territorial” hace referencia al territorio nacional donde se examinan los efectos de las prácticas, cualquiera que sea su origen, en relación con el territorio nacional de acuerdo con la ley nacional. El concepto de jurisdicción basado en la “nacionalidad” no impide necesariamente un examen de los efectos en el mercado interno, pero se centra más bien en la base de la intervención gubernamental en cuanto a la ubicación o residencia de las empresas, en cuanto nacionales, aun cuando los efectos de sus prácticas puedan generarse en otros territorios. Véase en general, *infra*, Parte IV.2 y ss.

activamente estas medidas prohibidas. En la medida en que lo hagan, estas acciones privadas no son recurribles en virtud del GATT. Como observaba recientemente un Grupo Especial,

“...en virtud del Artículo XI no hay ninguna obligación de que un Miembro [Argentina, en este caso] asuma plenamente la carga de la ‘debida diligencia’ para investigar e impedir que los cárteles funcionen como restricciones privadas a la exportación”²⁰.

Tampoco se ha señalado que pueda surgir ninguna de estas obligaciones cuando el Miembro ha decretado una exclusión sectorial específica en su ley de competencia, ha tenido conocimiento de la existencia de un cártel interno que opera dentro del sector y tiene razones para creer que este cártel está imponiendo restricciones comerciales que influyen en el comercio de otros Miembros.

Si los Miembros deciden crear una base para la acción instituyendo una “prohibición” sobre estas restricciones privadas, ¿cuál sería el medio más eficaz con ese fin? Ciertamente, las acciones limitadas a los efectos en el territorio nacional deberían ser uno de los componentes. Ésta es una opción abierta a la que los territorios soberanos podrían recurrir en cualquier momento. No obstante, un medio más eficaz sería *ampliar* las prohibiciones existentes del GATT y hacer recaer cierto grado de responsabilidad por la conformidad de las prácticas privadas sobre el país de exportación.

El hecho de que el actual planteamiento de la OCDE y la propuesta de la CE no tengan en cuenta esta posibilidad permite pensar que ha llegado el momento de considerar que la dimensión internacional de los cárteles debería incorporarse en el contexto de un marco de derecho mercantil, más que en el marco de una ley sobre la competencia interna. Si bien esta idea se ha formulado ya, el debate normalmente se ha centrado en la cooperación internacional entre autoridades (y quizá medidas de cortesía), por ejemplo entre Miembros, ya que éste es el único medio dentro de un enfoque territorial limitado que puede presentar algo en la parte de la ecuación relativa a las exportaciones.

I.5 Cooperación internacional

Si bien este debate no ha hecho más que comenzar en la fase posterior a Doha, la posición de la CE en apoyo de los regímenes cooperativos está estrechamente asociada con la prohibición antes examinada, en el sentido de que una gran variedad de acuerdos bilaterales no sería potencialmente funcional en un universo más amplio. Como las autoridades de los territorios desarrollados son las únicas que han establecido ya acuerdos de cooperación, los territorios en desarrollo quedarán marginados de este proceso, ya que los recursos para responder a las peticiones positivas de cortesía se ven absorbidos por los intercambios existentes²¹. Así pues, en favor de la CE hay que reconocer en cierta medida que es posible transmitir alguna información sin violar la confidencialidad de la información comercial²².

²⁰ *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R, 19 de diciembre de 2000, párr. 11.52.

²¹ Véase CE, WT/W/152. A continuación se argumenta que la cooperación no puede estar regulada en general por consideraciones NMF ya que el alcance del trato nacional se limita a las leyes que influyen en la venta interna. No obstante, como en el caso del reconocimiento mutuo, cabe prever una disposición del Marco PC que compagine las consideraciones NMF con los numerosos factores fiduciarios supuestamente implicados..

²² Con inclusión del carácter y alcance de la práctica en cuestión, el mercado y los principales agentes afectados, los procedimientos ya emprendidos por la autoridad y las medidas posteriores previstas, y cualquier documento público. Comunicación de la CE, WT/W/207, 15 de agosto de 2002, párr. 28. Es difícil que algo pueda impedir que, previa petición, esta información se intercambie entre las autoridades en ausencia de un acuerdo de cooperación bilateral o de un acuerdo marco.

No obstante, esto no es lo mismo que la obligación de emprender una investigación o una respuesta procesal. A no ser que se haya asumido el compromiso de adoptar uno de esos procedimientos, a petición de cualquier Miembro, el mecanismo será fundamentalmente de carácter voluntario²³. Así pues, mientras la prohibición establecerá que las autoridades y sus tribunales estarán obligados a tener leyes nacionales de competencia para atender las demandas en forma no discriminatoria y con la debida transparencia para garantizar que la ley se aplica debidamente, la obligación de las mismas autoridades para responder a las peticiones de abordar los efectos externos de las prácticas organizadas en sus territorios será de carácter discrecional. Si bien el debate se centrará en los medios para dar carácter general a la obligación de cooperación, en que tantos Miembros solicitantes se dirigirían a un reducido número (hasta ahora) de territorios desarrollados, cabría observar lo siguiente: Si el principio NMF no controla las transacciones subyacentes acordadas por los acuerdos bilaterales existentes de cortesía y cooperación, la cooperación final que podría conseguirse quizá no consiga gran cosa en lo que respecta a la paridad, en comparación con las obligaciones de observancia asumidas por las nuevas autoridades, que deben estar abiertas a las numerosas posibles demandas del mundo desarrollado.

La respuesta de establecer un equilibrio reduciendo o eliminando la prohibición sustantiva parecería ser también tentadora, con la salvedad de que actualmente no existe tampoco equilibrio entre lo que pueden conseguir las autoridades con diferentes niveles de capacidad, habida cuenta de las realidades concretas, el lugar de ubicación de las empresas mayores y más capaces de generar dimensiones internacionales en sus prácticas y los acuerdos. Esto nos lleva a considerar que una prohibición sería del máximo valor cuando desde el comienzo tenga en cuenta igualmente las exportaciones y las importaciones, y utilice la obligación de Estado a Estado en forma de obligación normal de acuerdo con lo estipulado en los artículos del GATT. Lo que se considera en principio es una prohibición que se limita estrictamente a profundizar los efectos de obligaciones relacionadas con el comercio ya existente. En su núcleo central, la base territorial tradicional de la jurisdicción de la ley de competencia podría complementarse con la jurisdicción basada en la nacionalidad en el caso de las empresas residentes. Aun cuando no sea lo bastante amplia como para incluir todos los posibles aspectos (servicios e inversión), la actual prohibición del GATT contra las restricciones cuantitativas a la importación o exportación parece ser el principio fundamental adecuado, al menos en el caso de las mercancías.

I.6 Una prohibición basada en el Artículo XI del GATT

En los casos en que la legislación del GATT ha creado una prioridad para la protección legal que debería aplicarse (únicamente) en forma de aranceles puede considerarse que una prohibición del Marco PC tendría un alcance más amplio, e incluiría la responsabilidad estatal acerca de las partes privadas que se agrupan para crear las mismas restricciones que, en caso

²³ Como indica la OCDE, los países cooperan con aquellos en quienes confían. Se podrían necesitar "varios años" antes de que las autoridades encargadas de la observancia en muchos países consigan la debida credibilidad en una cooperación internacional en materia de observancia con respecto a la actividad de los cárteles intrínsecamente nocivos. Mientras tanto, se puede adquirir una importante experiencia mediante los acuerdos de cooperación más "blandos". Comunicación de la OCDE, WT/WGTCP/W/207, 14 de agosto de 2002, párr. 21. En este contexto, la resistencia debe afectar a la respuesta a las peticiones de información acerca de los efectos externos de las prácticas de empresas que residen dentro de las partes reclamadas. Como los acuerdos bilaterales existentes no exigen la comunicación de información confidencial, ¿qué nivel de confianza se requiere de hecho para que la parte demandada inicie una investigación?

contrario, serían recurribles si fueran adoptadas por el Estado²⁴. Con independencia de que el concepto se amplíe a fin de establecer la responsabilidad para la conducta privada sólo de manera incremental o sólo para las áreas excluidas de las leyes nacionales de competencia, con o sin asistencia de mecanismos multilaterales, estos aspectos no son tan importantes al principio. Lo que tiene más importancia a estas alturas es entablar un debate basado en la premisa de que los Miembros reconocen que las acciones de sus empresas nacionales pueden distorsionar el comercio de otros Miembros y que algunas de estas acciones podrían incluirse como restricciones en los estrechos términos de la prohibición del Artículo XI.

I.7 Forma de la prohibición que regula las modalidades

Una última consideración es la relativa a las modalidades. La cuestión liminar que regula las modalidades no es si los principios fundamentales se reproducirían o no en un Marco PC. Más bien, las modalidades de negociación dependerían de la determinación de si el acuerdo contendría o no una prohibición contra ciertas prácticas anticompetitivas intrínsecamente nocivas que influyen en el comercio de los Miembros. Si se incluye la prohibición, como se propone actualmente, para que reciba efecto jurídico mediante la promulgación de las políticas de cada uno de los Miembros basadas en la jurisdicción territorial, en ese caso la modalidad análoga es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (Acuerdos sobre los ADPIC). Una modificación de esta modalidad puede concebirse teóricamente en los casos en que las partes no asumen una obligación directa de crear dichas leyes nacionales, pero programan o reservan las aplicaciones con sujeción a ulteriores debates, acontecimientos y negociaciones. Un marco en que se prevea una prohibición de acuerdo con los criterios aquí propuestos para un recurso meramente relacionado con el comercio entre Estados no estaría basado en difusas leyes nacionales de competencia. Estaría más de acuerdo con los criterios de un principio fundamental, como el Artículo XI del GATT, junto con sus propias excepciones específicamente negociadas.

Un marco que evite toda prohibición acerca de las prácticas y no contenga ninguna obligación de que los Miembros tengan leyes de competencia estaría necesariamente centrado en el concepto de código de conducta. Reproduciría los objetivos que dichas leyes tratarían de promover cuando se promulguen, y reconocería que deberían reflejar los principios fundamentales. Con la debida insistencia en los mecanismos de transparencia y cooperación, este marco más limitado recuerda al enfoque de los obstáculos técnicos al comercio.

El debate avanza de acuerdo con la siguiente secuencia: En la Parte II se examinan las actuales normas de la OMC que influyen en los agentes privados y en su conducta y se esboza el actual alcance de la OMC con respecto a las leyes nacionales de competencia. De esa manera se establece una línea divisoria entre el comportamiento público y el privado, la Parte II concluye con una descripción de la situación actual de la OMC sobre la atribución del comportamiento privado a la acción estatal. En la Parte III se analiza la legislación sobre el trato nacional en relación con las leyes nacionales de competencia, haciendo hincapié en las exclusiones y en las decisiones de casos individuales. En las normas de la OMC es poca la posibilidad de impugnar los efectos discriminatorios de la exclusión de una ley nacional sobre competencia. El debate *de jure/de facto* en el Grupo de Trabajo debería considerarse desde esta perspectiva. En la Parte IV

²⁴ El grado de atribución posible en las normas vigentes de la OMC se examina en la Parte II. Sólo se ha encontrado una referencia a una aplicación del Artículo XI a las restricciones privadas en OCDE, Applying Core Principles in a Multilateral Framework on Competition, COM/DAFFE/TD(2002)49, 10 de mayo de 2002, párr. 98, "En este caso la cuestión es hasta qué punto dicho comportamiento [cárteles de exportación] puede atribuirse al comportamiento gubernamental".

se considera el concepto de prohibición para un Marco PC y se examinan las limitaciones de una base jurisdiccional territorial para que dicha prohibición sea efectiva tanto para las importaciones como para las exportaciones. En la conclusión del documento se presentan algunas observaciones adicionales sobre las modalidades de las negociaciones que podrían resultar de las consideraciones planteadas a lo largo de estas páginas.

II. LA OMC PARA LOS AGENTES PRIVADOS Y LAS LEYES NACIONALES DE COMPETENCIA

II.1 Limitaciones de la OMC sobre la consideración del comportamiento privado

II.1.1 Introducción

La OMC está integrada por tres acuerdos principales vinculados entre sí. Dos de ellos – el GATT y el AGCS– actúan como marcos generales en que se prevé la liberalización de la circulación internacional de mercancías, servicios y proveedores de servicios, y se establecen también normas de conducta para los miembros en cuanto a sus reglamentos comerciales y otras leyes que pudieran repercutir en el comercio. El tercer acuerdo –sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)– no comparte esta característica de marco de liberalización, sino que actúa más bien como un acuerdo de los Miembros para dar vigencia a determinadas leyes nacionales y luego establecer mecanismos de observancia para los derechos de propiedad intelectual por los agentes privados dentro de los territorios de los Miembros²⁵. Como la OMC es una organización internacional integrada por Estados y territorios, siendo éstos los agentes que asumen los distintos derechos y obligaciones, las disposiciones con efecto jurídico que se encuentran dentro de los diferentes acuerdos no imponen ninguna obligación directa a las partes privadas, ni se reconoce directamente ningún derecho sustantivo a estos agentes.

Más en concreto, si bien es cierto que una gran diversidad de leyes estatales, reglamentos, requisitos, medidas, impuestos, derechos y otras cargas pueden ser objeto de distintas obligaciones contenidas en los acuerdos anexos, las obligaciones de la OMC pocas veces exigen a un Miembro que tome una iniciativa, afirmativa o negativa, con respecto a la conducta de los agentes económicos privados. Más bien, las normas del GATT y de la AGCS se ocupan de las leyes comerciales gubernamentales que regulan la importación y la exportación, y de otros actos gubernamentales “internos” en la medida en que puedan influir en el comercio otorgando protección nacional o estableciendo discriminaciones entre las fuentes extranjeras.

II.1.2 Mercancías

Como ejemplo del alcance limitado del GATT en lo que se refiere a la conducta privada, cabe observar que en el párrafo 2 del Artículo V se estipula que los Miembros deberán garantizar libertad de tránsito para las mercancías de los otros Miembros. No parece obligar a los Miembros a adoptar medidas contra los agentes privados que se fusionen o abusen de una posición dominante para evitar la aplicación de los derechos de tránsito. En cuanto a los recursos previstos frente a las prácticas comerciales desleales emprendidas por agentes privados, la legislación del GATT no impone tampoco a sus Miembros ninguna obligación afirmativa de proscribir claramente dichas prácticas. Así, en el Artículo VI del GATT se prevé un recurso para que los Miembros puedan contrarrestar o impedir el dumping de mercancías en su territorio, pero no se exige a los Miembros

²⁵ Esta característica de un marco de observancia ha ofrecido ya un medio fácil de comparación teórica entre el Acuerdo sobre los ADPIC y un marco de política de competencia de la OMC. La observancia por parte de un Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC es objeto de consulta y de solución de diferencias entre los Estados, como en el Artículo 64 de dicho Acuerdo. La conformidad de las exenciones internas del Acuerdo sobre los ADPIC ha sido objeto del proceso de solución de diferencias. Véase *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*, WT/DS160.

que adopten ninguna medida para impedir que las empresas utilicen el dumping. El Acuerdo de Salvaguardias de la OMC prohíbe ahora a los Miembros que concierten acuerdos de limitación voluntaria de las exportaciones, pero en el caso de las limitaciones establecidas mediante acuerdos privados se dispone únicamente que los Miembros no alentarán ni apoyarán la adopción ni el mantenimiento, por empresas privadas (o incluso públicas), de dichos acuerdos²⁶.

En un reducido número de casos, la legislación del GATT parece exigir algo más a los Miembros de la OMC, en cuanto que impone cierta obligación de adoptar medidas con respecto a las actividades de los agentes económicos. Estos ejemplos parecen tener en común la característica de que un Miembro tiene control directo de la empresa, en cuanto creación del Estado, o ha asumido el control sobre el proceso de la empresa misma.

En lo que respecta al Artículo XVII del GATT, los Miembros que establecen o mantienen empresas estatales u otorgan a las empresas privilegios exclusivos o especiales, tienen la obligación de comprobar que dichas empresas se comportan de forma no discriminatoria en cuanto a las importaciones y exportaciones, y de velar por que sus compras y ventas respondan a consideraciones comerciales normales. No obstante, incluso en lo que respecta al comercio de Estado tal como se define y regula en dicho artículo, parece que el GATT no impone a sus Miembros ningún límite intrínseco con respecto al comportamiento privado. Así se observa en el texto del párrafo 1 a) de los principios de trato no discriminatorio “para las medidas de carácter *legislativo o administrativo* concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados”. Así pues, un Miembro es responsable de las medidas por él promulgadas, pero no necesariamente de las actividades privadas que tuvieron los mismos efectos discriminatorios, al menos en ausencia de una disposición gubernamental recurrible u otro requisito²⁷. Se encuentra una disposición semejante en el párrafo 4 del Artículo II del GATT sobre las listas de concesiones. Ello impone a los Miembros la obligación de impedir que un monopolio autorizado por el Estado represente una protección superior a la prevista en la lista negociada²⁸. En conjunto, estas disposiciones revelan una orientación algo limitada, que trata de garantizar que las empresas establecidas por los Miembros que tengan capacidad de influir en el comercio actúen de manera que no invaliden las concesiones ni las obligaciones contraídas por el Miembro en el marco del GATT.

II.1.3 Servicios y proveedores

En el Artículo VIII, “Monopolios y proveedores exclusivos de servicios”, el AGCS ofrece un ejemplo actual, que algunos califican incluso de evolutivo, de Miembros que adoptan obligaciones para controlar a entidades económicas privadas. En el párrafo 1 de dicho Artículo se

²⁶ OMC, Acuerdo sobre Salvaguardias, inciso b) del párrafo 1 y párrafo 3 del Artículo 11.

²⁷ Véase también GATT (1994) Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, que establece una obligación de notificación afirmativa para los monopolios de comercio de Estado de acuerdo con la siguiente definición: “Las empresas gubernamentales y no gubernamentales, incluidas las entidades de comercialización, a las que se hayan concedido derechos o privilegios exclusivos o especiales, con inclusión de facultades legales o constitucionales, en el ejercicio de los cuales influyan por medio de sus compras o ventas sobre el nivel o la dirección de las importaciones o las exportaciones.” Esta definición indica el alcance de la materia del artículo.

²⁸ Párrafo 4 del Artículo II del GATT: “Si una de las partes contratantes establece, mantiene o autoriza, de hecho o de derecho, un monopolio de importación de uno de los productos ...”. Véase también, Índice analítico del GATT, sexta edición (1994), pág. 96, Notas preparatorias de Ginebra. Esta disposición es interesante por su idea de llegar a un monopolio “efectivamente autorizado” teniendo en cuenta si una exclusión de una ley nacional de competencia podría constituir dicha autorización .

estipula que cada Miembro debe asegurarse de que ningún proveedor monopolista de un servicio actúe de manera incompatible con las obligaciones del Miembro en virtud del Artículo II (nación más favorecida) y otros compromisos específicos. En la medida en que la obligación se limita al comportamiento en conformidad con las obligaciones contenidas en el AGCS, el Artículo no establece una obligación para garantizar el establecimiento de un mercado competitivo. Si se interpreta en sentido estricto, en el Artículo se dispone que un Estado no puede delegar una infracción del AGCS a las empresas que funcionan bajo su control. Como en el caso del comercio de Estado del GATT, los agentes que caen dentro de las obligaciones del Miembro hacen referencia a las establecidas o autorizadas por el Miembro mismo. Como se indica en el párrafo 5, esta disposición se aplica también a los casos en que un Miembro autoriza un pequeño número de proveedores de servicios o impide en lo sustancial la competencia entre esos proveedores en su mercado. Así pues, el alcance del Artículo hace referencia a la infracción de las obligaciones generales o específicas del AGCS por un monopolio o cuasimonopolio que es fundamentalmente creación del Miembro y actúa bajo la autoridad reguladora y/o con el consentimiento habitual de un Miembro²⁹.

En el Artículo IX del AGCS, titulado “Prácticas comerciales”, se incorpora una consideración más amplia de la política de competencia. En virtud de dicho Artículo los Miembros quedan obligados a entablar consultas con miras a eliminar ciertas prácticas comerciales que “pueden limitar la competencia y, por ende, restringir el comercio de servicios”. Éste parece ser el único ejemplo de disposición que no está directamente vinculada con la garantía de la aplicación eficaz de otras obligaciones o concesiones expresas de la OMC, o con empresas que actúan bajo la autoridad directa de un miembro, o ambas cosas. No obstante, al mismo tiempo que un alcance más amplio, esta disposición contiene una obligación menos estricta por parte del demandado. No se especifica ninguna obligación para el Miembro de intervenir en la economía nacional con el fin de establecer un mercado competitivo.

Los acuerdos anexos de la OMC contienen algunos otros ejemplos en virtud de los cuales los Miembros se comprometen a adoptar algunas medidas, entre las “mejores disponibles”, para motivar a los agentes privados con el fin de alcanzar los objetivos de un acuerdo o evitar el incumplimiento de sus obligaciones. Un ejemplo se encuentra en el Artículo 3 del Acuerdo del GATT sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), en el que se establece que un Miembro no debe adoptar medidas que obliguen o alienten a las instituciones no gubernamentales a actuar de manera incompatible con las disposiciones del Acuerdo OTC para la preparación, adopción y aplicación de reglamentos técnicos. De la misma manera, en el Artículo 4 se dispone que los Miembros deben tomar las medidas razonables “que estén a su alcance” para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización actúen de manera compatible con el código de buena conducta.

De lo dicho se deduce que, si bien las leyes de competencia de los Miembros que cuentan con ellas pueden tener como fin establecer puntos de referencia para los mercados competitivos internos y pueden determinar las bases a partir de las cuales el Estado puede (o debe) intervenir para conseguir mercados funcionales, las normas de la OMC en su formulación actual sólo demuestran un interés mínimo por estos aspectos y por lo tanto exigen muy poco a sus Miembros en lo que respecta a las intervenciones en el mercado interno. Más bien, las normas de la OMC se orientan a conseguir que sus obligaciones, todas ellas relacionadas con el comportamiento del Estado, sean aplicadas por sus Miembros, y evitar situaciones en que una actividad infractora pudiera llegar a

²⁹ Como se indica también en el párrafo 3, la obligación de un Miembro de responder a una solicitud de información se aplica asimismo a los monopolios que aquel haya establecido o que mantenga o autorice. Párrafo 3 del Artículo VIII del AGCS.

extremos irreparables únicamente mediante su delegación a un agente económico privado. Cuando la intervención figura entre los elementos de una disposición del GATT o el AGCS, los objetivos de la intervención son limitados. No tienen en cuenta un concepto amplio de la competencia o la apertura a la libre competencia sino que, con excepción del Artículo IX del AGCS, se limitan a asegurar el cumplimiento de los compromisos negociados o reglamentos existentes de la OMC.

II.1.4 ADPIC

Como el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC presenta características diferentes a las del GATT o el AGCS, dichas peculiaridades deben considerarse también desde esa perspectiva. En el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC se declara que tiene como objetivo reducir las distorsiones del comercio internacional, proteger los derechos de propiedad intelectual y asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo. El mecanismo primario empleado por el Acuerdo sobre los ADPIC es el acuerdo de los Miembros de establecer y mantener determinadas disposiciones legislativas nacionales que permitan garantizar los derechos privados de acción dentro del territorio³⁰. En la Parte II del Acuerdo se especifican las normas de trato legal que deben ser reconocidas por las leyes nacionales, mientras que en la Parte III se designan las disposiciones mínimas de observancia que deben establecerse también ante los tribunales nacionales. En el Artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC se establece que “los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia conforme a lo previsto en la presente Parte”. En todos los aspectos se aplican los principios fundamentales de nación más favorecida y trato nacional, este último previsto para los “nacionales de los demás Miembros”³¹.

Hay dos casos aparentes en que el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a intervenir en relación con la conducta privada. El primero es el Artículo 61, en que se exige a los Miembros que establezcan procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor. Se trata de la obligación de establecer una base para la intervención directa con respecto al comportamiento de agentes privados³². Un segundo ejemplo está relacionado exclusivamente con el comercio. En el Artículo 51 del Acuerdo sobre los ADPIC (y en los artículos inmediatamente siguientes) se exige a los Miembros que adopten procedimientos para que los titulares de un derecho puedan solicitar el bloqueo de la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor. Esta solicitud podría tener como consecuencia la aplicación de una medida por parte del Miembro³³.

El Acuerdo sobre los ADPIC presenta un primer ejemplo global de la OMC de un marco orientado a la observancia que tiene como fin hacer realidad su objetivo de promover la aplicación de las leyes de propiedad intelectual. En otras palabras, el Acuerdo sobre los ADPIC establece un requisito de puntos de referencia legislativos nacionales que van más allá de los aspectos que son puramente “relacionados con el comercio”, ya que las acciones privadas

³⁰ Como en el Artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC: “Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo”.

³¹ Artículos 4 y 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, respectivamente.

³² No obstante, como estas leyes sólo pueden ser invocadas por el Miembro que las promulgó, cualquier limitación mencionada sobre la soberanía se encuentra en el requisito de tener las leyes “en los textos”.

³³ La decisión de actuar o no actuar para imponer una limitación a la circulación continúa siendo competencia exclusiva del Miembro responsable de la promulgación.

autorizadas por el Acuerdo no deben centrarse únicamente en la función de importación/exportación del demandante privado. Este aspecto se plantea en consideración del debate sobre el marco de política de competencia, en cuanto que sus objetivos pueden contemplarse también en un sentido más estricto relacionado con el comercio, o, como en el caso de los ADPIC, como un intento de hacer realidad un objetivo más amplio de observancia de la política de competencia, con independencia de un elemento relacionado con el comercio.

II.1.5 Conclusión de esta sección: El Estado continúa siendo el tema principal

Una anomalía reconocida desde hace tiempo en la legislación del GATT es que, mientras que todos los tipos de reglamentos estatales internos que influyen en el comercio e incumplen las normas pueden caer dentro del ámbito de la solución de diferencias, no es posible intervenir en relación con las conductas privadas que producen los mismos efectos en el comercio. Hasta ahora, los Miembros no se han puesto de acuerdo en establecer un régimen que les obligue a actuar contra las limitaciones privadas que influyen en el comercio. Este ámbito limitado de las normas de la OMC reproduce también las diferencias intrínsecas entre las leyes de comercio y competencia en cuanto a las materias que tratan, respectivamente. Las leyes de competencia se orientan hacia las prácticas y acuerdos de los agentes económicos en cuanto que repercuten en la calidad de la competencia en el mercado³⁴. Por el contrario, las leyes comerciales nacionales tienen como sujeto principal al Estado mismo, en relación con sus medidas y procedimientos empleados para abrir y cerrar el mercado. Las leyes comerciales pueden emplearse fundamentalmente con el fin de beneficiar a los agentes económicos internos, pero éstos no son los sujetos que se contemplan en dichas leyes³⁵.

La legislación del GATT se ha ocupado tradicionalmente del segundo conjunto de leyes. Si bien ha demostrado cierta capacidad para incluir algunos casos en que un Estado exige o induce entre los agentes privados una conducta no conforme, una limitación diferente de este instrumento legislativo es que sólo el Estado o el territorio promulgante y la medida que ha impuesto pueden ser objeto de una recomendación de conseguir la conformidad de dicha medida con la OMC³⁶. Así pues, probablemente lo que será objeto de las normas de la OMC es la conducta del Estado³⁷.

El Acuerdo sobre los ADPIC constituye una ampliación únicamente en la medida en que, mientras que los Estados continúan siendo todavía objeto de las obligaciones, están también de acuerdo en establecer regímenes internos particulares que otorgan derechos de actuación civil y recursos a los agentes económicos para rectificar la conducta de otros participantes en el mercado. Un marco de políticas de competencia podría aceptar o no este planteamiento, según el grado de obligatoriedad impuesta a los Miembros para que adopten leyes de competencia. Si un

³⁴ Algunas leyes definen los compromisos en sentido lo bastante amplio como para incluir a los agentes públicos o semipúblicos, pero en todos los casos se observa cierta capacidad de intervención gubernamental dentro del territorio con respecto a los acuerdos y prácticas infractoras de los agentes privados. Los agentes económicos son el sujeto principal de las leyes.

³⁵ Las reglamentaciones estatales que no son leyes comerciales propiamente dichas se incluyen dentro del ámbito de las normas de la OMC en la medida en que se determine que influyen en el comercio, habida cuenta de las obligaciones básicas.

³⁶ OMC, Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Artículo 19, en el que se establece la base jurídica expresada para la recomendación de un Grupo Especial.

³⁷ Se trata de una cuestión de atribución de actos privados a actos del Estado. El grado de coerción o de inducción necesario para atribuir el comportamiento de los agentes económicos al del Estado ha sido objeto de varios casos del GATT y la OMC, que se examinan más adelante..

acuerdo marco no exige la adopción de este tipo de leyes por parte de los Miembros, el Acuerdo sobre los ADPIC no es tampoco un ejemplo pertinente. Sí lo es el Acuerdo OTC, en cuanto que los Miembros no están obligados a establecer un determinado conjunto de leyes pero, si las tienen, deben orientarlas de acuerdo con ciertos parámetros para reconocer los principios fundamentales y evitar que funcionen como obstáculos al comercio innecesarios.

De todas formas, en uno y otro caso, lo mismo que en el ejemplo de los ADPIC, lo que puede ser recurrible en el contexto de la OMC no es si un agente privado ha incumplido o no las leyes nacionales establecidas, sino si el Estado ha establecido y mantenido las leyes nacionales de conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo. Por ello, examinamos en términos generales el alcance de la OMC a este respecto.

Las normas de la OMC no tienen como objetivo directo las partes privadas y han tratado de establecer sólo una base mínima para orientar a sus Miembros a exigir a sus empresas un determinado estilo de comportamiento en el mercado económico privado. Los ejemplos en que la OMC tiene estas disposiciones suelen limitarse a los casos en que el Miembro establece monopolios o concede derechos especiales a las empresas. En tales casos, las normas de la OMC imponen a los Miembros la obligación de comprobar que no se incumplen los principios fundamentales. Cuando las disposiciones de la OMC obligan a los Estados a adoptar alguna medida relativa al comportamiento de las empresas en los mercados, el territorio Miembro sigue siendo claramente la parte responsable con respecto a las medidas o prescripciones que haya adoptado. Las entidades económicas privadas siguen incluidas en el ámbito de la competencia interna y de la autoridad normativa.

II.2 Aplicación de la OMC a las leyes nacionales de competencia

II.2.1 Introducción

Muchas veces se observa que las leyes sobre comercio complementan la política de competencia en la medida en que las importaciones están en pugna con el mercado interno, y probablemente entren en conflicto con la competencia cuando es posible reducir las importaciones para frenar la competencia. Las leyes sobre competencia se insertan cada vez más dentro de esta dicotomía, ya que pueden promulgarse también con el fin de sustentar el proceso de importación o exportación, o concebirse o aplicarse como medio de combatirlo³⁸. La introducción en las leyes nacionales del objetivo de no echar por tierra los objetivos de la OMC es un elemento común de los acuerdos conexos. Así parece establecerse en el Acuerdo sobre los ADPIC y en el Acuerdo OTC, cuyo preámbulo y disposiciones operativas tratan de evitar que las leyes y reglamentos funcionen como obstáculos innecesarios al comercio. No hay un objetivo comparable formulado en la OMC en lo que respecta a las leyes nacionales de competencia.

No obstante, con ello no se quiere decir que el GATT/OMC no tenga cierta capacidad significativa de considerar estos elementos de las leyes nacionales de competencia. Por ello, en la siguiente sección se tratarán las disposiciones de la OMC sobre bienes y servicios, no en cuanto están relacionadas con las prácticas de los agentes económicos sino más bien con las leyes nacionales mismas, y con el fin de establecer el ámbito de estas normas básicas del GATT en ausencia de un marco sobre política de competencia.

³⁸ Ello no invalida la afirmación de que algunos Estados sin leyes comerciales mantengan también que los mercados totalmente abiertos actúan como sustituto de las normas de competencia..

II.2.2 Mercancías

Las obligaciones básicas del GATT establecen en conjunto un sistema de reglamentación del comercio internacional que trata de permitir el proteccionismo en forma de derechos arancelarios, como forma preferida a otros instrumentos comerciales. Luego interviene para garantizar que los derechos y cargas permitidos se apliquen sin discriminación a productos semejantes por razón de su origen. La discriminación entre los bienes producidos en el propio país y en el exterior está autorizada en el momento de la importación mediante la aplicación de un derecho arancelario. Como no se exige que este derecho se aplique de la misma manera a los productos nacionales semejantes, la discriminación en este sentido está permitida por el GATT y alentada en cuanto medio jurídico de ofrecer protección a los productores nacionales. En lo que respecta a la importación, no está permitida (salvo excepciones) la discriminación entre las diferentes fuentes extranjeras (NMF). De la misma manera, una vez que se han importado las mercancías, tampoco está permitida la discriminación entre mercancías nacionales e importadas (trato nacional) ni se puede hacer discriminación entre diferentes fuentes extranjeras de mercancías importadas en lo que se refiere a los impuestos o reglamentos internos (también NMF).

La OMC no exige a los Miembros que tengan o dejen de tener leyes comerciales. Lo que las normas de la OMC consiguen en conjunto es crear un sistema que establece parámetros legales para las leyes comerciales con el objetivo primario de influir en la aplicación de las leyes comerciales nacionales a la importación y exportación. Los artículos básicos que forman este sistema son el Artículo XI, que prohíbe medidas distintas de los derechos de aduanas, impuestos u otras cargas; el Artículo II, en que se enuncia el concepto de consolidación contractual de los derechos consignados en listas (convencionales), y el Artículo I, en que se exige la aplicación no discriminatoria de los derechos y otras formalidades de importación por motivo de su origen extranjero. En el Artículo X del GATT, titulado “Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales”, se establecen las disposiciones básicas sobre transparencia que permiten a los Miembros tener el debido conocimiento de las leyes (y otras medidas gubernamentales) que puedan influir en sus importaciones o exportaciones. En dicho Artículo se establece una obligación independiente para los Miembros, pero contribuye sin duda a aplicar en forma significativa las otras obligaciones fundamentales. Sin transparencia, un Miembro se encontraría en situación de desventaja para determinar si otro ha incumplido una obligación³⁹.

El Artículo III, en el que se preconiza el trato nacional, es la disposición del GATT que afecta más directamente al régimen jurídico interno de un Miembro, ya que toda ley, reglamento o prescripción puede influir en el trato de las mercancías después de que son importadas. Ello presupone que no se apliquen leyes ni impuestos internos como medio de hacer posible la protección interna. A pesar de su alcance “interno” representa también fundamentalmente un respaldo para otras obligaciones, ya que toda capacidad residual de conceder a las mercancías importadas un trato menos favorable que a las mercancías nacionales iría necesariamente en

³⁹ Este Artículo no se interpreta en sentido tan estricto —como parece indicar su título— que sólo sea eficaz en relación con los reglamentos comerciales, como los contenidos en el derecho mercantil, sino también a las medidas consideradas en el Artículo III del GATT. En el párrafo 1 del Artículo X se contemplan las leyes que se refieren “a la venta, la distribución, el transporte, el seguro...”. Véase también el Índice analítico del GATT, sexta edición (1994), pág. 271, en que se cita el informe del Grupo Especial de 1988 sobre *Canadá – Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas ...*, L/6304, 35S/37, párr. 4.20. En general, las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y medidas administrativas de aplicación general deben establecerse en tal forma que puedan ser consideradas oportunamente por los comerciantes; deben ser administradas en forma equitativa e imparcial, y deben establecerse determinados procedimientos administrativos para su examen y corrección.

contra de las otras obligaciones reconocidas⁴⁰. En lo que respecta a los artículos fundamentales del GATT, sólo el Artículo I (NMF) tiene este mismo potencial de influir en el mercado y condicionar el comportamiento gubernamental interno. Ello se debe a la especificación contenida en el artículo: “con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III”. Ello significa, en efecto, que las leyes, reglamentos, prescripciones e impuestos propios de un Miembro no pueden establecer una discriminación entre productos importados similares (Artículo I, NMF), ni entre productos importados y productos internos semejantes (Artículo III, Trato nacional)⁴¹.

Ello indica que entre las normas del GATT de particular relevancia para las leyes nacionales de competencia y su aplicación se encuentran el párrafo 4 del Artículo III en cuanto que se aplica a las leyes, reglamentos o prescripciones internas, y el Artículo I, que también se aplica a estas mismas prescripciones al comparar el trato entre diferentes fuentes extranjeras de las importaciones. Como la aplicación del Artículo I a las cuestiones internas se hace por referencia al Artículo III, el alcance de la aplicación de este último Artículo a las leyes de competencia debería constituir la investigación liminar, ya que éste determinaría el alcance de aplicación de ambos artículos. Por ello, la propuesta inicial que se debe considerar es que las leyes nacionales de competencia no deben ser promulgadas ni aplicadas por un Miembro con el fin de conceder trato menos favorable a los productos importados (o directamente competitivos) semejantes.

II.2.3 Servicios y proveedores de servicios

En el Acuerdo General de la OMC sobre el Comercio de Servicios se establece también un marco general que contiene varios principios fundamentales que podrían o deberían influir en las leyes nacionales de competencia. Como en el caso del GATT, la condición de nación más favorecida recibe también la consideración de obligación general en el Artículo II del AGCS con respecto a “toda medida abarcada por el presente Acuerdo” en el caso de los servicios (con excepción de los servicios suministrados por el Estado) y los proveedores de servicios⁴². Por “medida” se entiende una ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa “o cualquier otra forma” (Artículo XXVIII del AGCS), incluidas las adoptadas por los gobiernos centrales, regionales o locales (inciso a) i) del párrafo 3 del Artículo I). Ello significa que la obligación NMF comprende también medidas distintas de las calificadas como “medidas fronterizas”, limitadas al concepto de “importación”. Ello revela una distinción más fundamental entre los servicios y sus proveedores y las mercancías y la forma en que el AGCS se ha configurado como acuerdo marco.

Como se ha señalado en numerosas ocasiones, el AGCS no establece una jerarquía de obligaciones generales sobre medidas de importación permitidas o prohibidas, como hace el

⁴⁰ Por ejemplo, el valor de la concesión arancelaria negociada pierde valor si el territorio que la concede puede volver a imponer la carga estableciendo un impuesto interno pero discriminatorio a las importaciones.

⁴¹ En el Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) se establece una norma adicional de trato para los reglamentos internos. En el párrafo 2 de su Artículo 2, se dispone que los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. Una ley nacional de competencia general los incluiría dentro de la definición de reglamento técnico (Anexo I del Acuerdo sobre los OTC), aunque no es inconcebible que pueda definirse una disposición sobre competencia para la aplicación sobre la base de una característica del producto o un proceso y métodos de producción afines.

⁴² Sin considerar inicialmente las exenciones explícitas permitidas en el párrafo 2 del Artículo II del AGCS y en el Anexo sobre el Artículo II sobre exenciones.

GATT por referencia al Artículo XI. El marco del AGCS refleja también necesariamente la importancia de las medidas reguladoras internas discriminatorias como medio más frecuente utilizado por los Miembros para hacer posible la protección interna. Si bien ciertas medidas relativas a la importación pueden describirse y ser objeto de negociación y compromiso (Artículo XVI del AGCS), la negativa de trato nacional es un instrumento frecuente que se aplica a los servicios y a los proveedores como medio de proteger a los productores nacionales. Así pues, el trato nacional del AGCS tal como aparece en el Artículo XVII no es una obligación expresa general, sino que se designa más bien como un compromiso específico que debe asumirse conjuntamente con el compromiso de acceso a los mercados. Si bien el trato nacional del AGCS se reconoce a sectores y modalidades que han sido objeto de un compromiso de acceso a los mercados, los Miembros pueden reservarse también el derecho a matizar su aplicación en los compromisos consignados en sus listas. Por ello, podría decirse que el trato nacional del AGCS es negociable. Cuando se asume el compromiso, un Miembro no puede ofrecer a los servicios y proveedores de servicios de otro Miembro en relación con todas las medidas que afectan a la prestación de servicios un trato menos favorable que el que otorga a sus propios servicios y proveedores de servicios semejantes.

En consecuencia, la aplicación de los principios fundamentales del AGCS a las políticas nacionales de competencia podría describirse en términos generales en la forma siguiente: si bien el principio NMF se aplica en general para garantizar el trato entre fuentes extranjeras en lo que respecta a todas medida reguladora o conjunto de normas internas que repercuten en los servicios o los proveedores, el trato nacional no se aplica mientras un Miembro no haya decidido adquirir un compromiso de acceso a los mercados. Entonces, en relación con ese sector de los servicios y en la medida en que no se especifique una excepción al trato nacional, éste se aplicará al sector y a todo régimen regulador o de política de competencias que lo rija. En la medida en que las leyes nacionales de competencia pueden someter explícita o implícitamente algunos sectores a los regímenes normativos nacionales, cabría también deducir que estas “exclusiones” pueden ser también medidas que influyen en el suministro. En tal caso, podría evaluarse si ofrecen trato menos favorable a los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros⁴³.

II.3 Conclusión de esta Parte: Línea divisoria entre acción pública y privada

Si una acción es privada, las normas de la OMC no se aplican. En cambio, se aplican si se trata de una acción pública. El factor determinante es la línea divisoria entre acciones privadas y públicas. En otras palabras, cabría preguntarse qué tipos de acciones privadas pueden atribuirse al Estado con el fin de invocar los derechos de la OMC, y qué tiene que hacer el Estado con el fin de asumir eficazmente la responsabilidad de acciones que por lo demás son privadas.

La primera consideración se refiere a la intercambiabilidad de ciertos términos que se utilizan en las obligaciones básicas, sobre todo si se tiene en cuenta que algunos tienen definiciones en nuestro contexto y otros no. Los términos de interés en este caso son la referencia del Artículo XI del GATT a “prohibiciones, restricciones u otras medidas”, el uso del término “medidas” a lo largo de todo el AGCS, y la referencia del párrafo 4 del Artículo III del GATT a “leyes, reglamentos o prescripciones”. El problema es si estos términos diferentes los podemos

⁴³ Como los servicios están normalmente sometidos a la autoridad reguladora gubernamental, se propone que los sistemas reguladores que conceden trato menos favorable se incluyan dentro de la obligación de trato nacional a no ser que se declaren como exenciones incluidas en las listas. Dentro del contexto de la aplicación del trato nacional, no parece que haya ninguna distinción significativa que establecer entre políticas de “regulación” y de “competencia”, ya que lo que interesa es si existe o no una medida y si influye en la prestación de un servicio incluido en las listas.

utilizar funcionalmente como si fueran idénticos para esbozar los tipos de acciones que se incluyen dentro del ámbito de las disposiciones. En las normas de la OMC no hay ninguna garantía de que un término empleado idénticamente en disposiciones diferentes tenga el mismo ámbito de aplicación en un caso dado.

No obstante, parece que las medidas y prescripciones tienen sentido más amplio que las leyes y reglamentos y, si bien las medidas son probablemente todavía más amplias que las prescripciones, pueden considerarse como funcionalmente equivalentes para una gran variedad de “promulgaciones de una norma legal” o “actos adecuados para alcanzar un fin”⁴⁴. El elemento común a ambos términos puede ser el concepto de “promulgación”, y la diferencia estaría en que las medidas se utilizan en el contexto que hace también referencia a las promulgaciones que se orientan expresamente a regular el comercio. En el caso de las “prescripciones” mencionadas en el párrafo 4 del Artículo III del GATT, el término parece indicar algo complementario de las “leyes o reglamentos”, lo que permite pensar que las *prescripciones* podrían considerarse también como equivalentes de las *medidas*. Así el grupo *Japón – Películas fotográficas* consideró que ambos términos comprendían “una gama igualmente amplia de actos del gobierno y acciones de particulares que pueden asimilarse a medidas gubernamentales”⁴⁵.

Según el mismo grupo, se consideraba que las medidas incluían “otros actos del Gobierno distintos de la publicación de normas legalmente exigibles”, por lo que las prescripciones deberían recibir también al menos el beneficio provisional de las interpretaciones que se hayan dado a las medidas en este contexto⁴⁶. Si esta interpretación fuera válida para las prescripciones, se podrían considerar los niveles administrativos de acción gubernamental que pretenden tener algún tipo de efecto obligatorio con respecto a la conducta de los particulares en el mercado⁴⁷.

En la medida en que podemos establecer esta equivalencia funcional entre “prescripciones” y “medidas”, debería entenderse también que el primer término incluye el concepto de inducir comportamientos en las empresas por iniciativa de entidades gubernamentales. El principal caso del GATT sobre este tema es el de *Japón – Semiconductores*, en que se plantearon dos criterios para determinar si la acción gubernamental que formalmente era de carácter no obligatorio podría considerarse que constituye una medida en el sentido de la prohibición del Artículo XI del GATT. Así,

“...el Grupo Especial consideró que para hacer esa determinación tenía que cerciorarse de que se cumplían dos criterios esenciales. En primer lugar, que había motivos fundados para pensar que *los incentivos* y

⁴⁴ *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* (en adelante, *Japón – Películas fotográficas*), WT/DS44/R, 31 de marzo de 1998, párr. 10.43, nota 1208, sobre las definiciones de *measure*, Concise Oxford Dictionary (novena edición).

⁴⁵ No obstante, en *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.376, el Grupo Especial afirma que se trata sólo de un supuesto a los efectos del análisis.

⁴⁶ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.43. En el párr. 10.376, el Grupo Especial consideraba que, si bien parecía que el término *prescripción* tenía un alcance más limitado que el del término *medida*, al menos en el caso presente, el Artículo XVII del GATT (Trato nacional) aplica a todas las *medidas* que influyen en la prestación de servicios “una gama igualmente amplia de actos del gobierno y acciones de particulares que pueden asimilarse a medidas gubernamentales”.

⁴⁷ Precisión del autor. El Grupo Especial encargado del asunto *Japón – Películas fotográficas* citaba ejemplos de casos anteriores en que se comprobaba que acciones de particulares eran prescripciones, y el Grupo Especial observó compromisos escritos de importación y exportación condicionados a la aprobación gubernamental (*Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera*), y requisitos, “que una empresa acepta voluntariamente con objeto de obtener una ventaja del Gobierno”. (*CEE – Piezas y componentes*), *ibid.*, párr. 10.374, y citas de las notas 1414 y 1415.

desincentivos utilizados bastaban para asegurar la efectividad de medidas que no tenían carácter obligatorio. En segundo lugar, que la aplicación de las medidas... *dependía fundamentalmente* de la acción o intervención gubernamental... El Grupo Especial estimó que, si se cumplieren ambos, ello significaría que las medidas se aplicaban de forma tal que equivalían a prescripciones obligatorias, diferenciándose de éstas sólo en la forma y no en el fondo, y que, por tanto, no cabría duda de que esas medidas formaban parte de las comprendidas en el párrafo 1 del Artículo XI.”⁴⁸

Cabría observar también que, “de no ser por” la acción del gobierno, la parte privada no habría instituido el acuerdo o práctica⁴⁹. De esta manera, una política gubernamental declarada podría examinarse para determinar si cumple también la condición de una prescripción para el trato nacional.

No obstante, la prueba anterior parece que ha sido empleada por el Grupo Especial en *Japón – Películas fotográficas* para hacer posible también la consideración de acciones que no han establecido formalmente un sistema de incentivos o desincentivos, y en el contexto específico de las políticas de competencia. Dicho Grupo Especial indicó que no limitaría su examen a un uso exclusivo de la prueba de incentivos/desincentivos, en que se otorgara expresamente el beneficio o se impusiera una obligación jurídicamente vinculante. Más bien,

“Estimamos además, que es concebible, que, en los casos en que hay un elevado grado de cooperación y colaboración entre el gobierno y las empresas, es decir cuando la actividad económica se basa en gran medida en la orientación administrativa y en otros medios aún más informales de cooperación entre el gobierno y las empresas, incluso declaraciones de política general del gobierno formuladas en términos indicativos y no vinculantes tengan sobre los particulares efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante o a los de lo que el Japón denomina orientación administrativa reguladora.”⁵⁰

En este contexto hay que insistir en la orientación y cooperación entre gobiernos y entidades privadas, en que cada parte hace lo que le corresponde para aplicar una política general. No es tan claro si se trata de algo diferente de una prueba “de no ser por”, con la salvedad de que mientras que la industria podría haber asumido una política por cuenta propia, la participación cooperativa del Estado para facilitar el camino normativo para ayudar a las empresas dará quizá lugar a que acciones de dichas empresas se atribuyan al Estado.

Si bien esta descripción puede representar el límite exterior de lo que se puede atribuir, lo que se propone dentro de ese límite es una prueba que puede ir ciertamente más allá de la caracterización formal de una acción gubernamental. En ella se considerarían los efectos de la acción sobre el comportamiento de las empresas en el mercado, al menos en cuanto que el comportamiento de las empresas podría ser comparable (o equivalente) a los efectos que en caso contrario cabría prever de una ley o reglamento más formal. Así pues, “[E]n consecuencia, estimamos que debemos estar dispuestos a aceptar una definición amplia del término medida a los efectos del párrafo 1 b) del Artículo XXIII, en la que se tenga en cuenta si un acto gubernamental no vinculante tiene o no efectos similares a los de una medida vinculante”.⁵¹

⁴⁸ *Japón –Semiconductores*, Informe del Grupo Especial aprobado el 4 de mayo de 1988. (L/6309 - 35S/116), párr. 109; las cursivas son nuestras.

⁴⁹ Véase OCDE, COM/DAFFE/TD(2002)49, párr. 98.

⁵⁰ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.49.

⁵¹ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.49, prueba enunciada en el contexto de las consideraciones de reclamación sin infracción.

II.3.1 Medidas de distribución de Japón – Películas fotográficas

Cuatro de las ocho disposiciones sobre distribución en el Japón cuya impugnación ha planteado los Estados Unidos fueron analizadas por el Grupo Especial sobre el trato nacional. En cuanto a los criterios enunciados, se comprobó que las disposiciones eran primeras medidas (a los efectos de los criterios de las reclamaciones sin infracción), y luego se determinó sumariamente que eran también prescripciones a los efectos del análisis posterior en el marco del párrafo 4 del Artículo III. Entre ellas se incluía una Decisión del Consejo de Ministro de 1967 sobre la modernización del sistema japonés de distribución. Se observó que ésta constituía una medida en términos generales, pero no en relación con el texto específicamente impugnado, que se asemejaba “más por su naturaleza a una declaración de política general que a una decisión sobre determinadas medidas gubernamentales o a un mandado dirigido al sector privado para que aplique, con medidas concretas, la política gubernamental”⁵². Una segunda medida fue la Notificación 17 de 1967 sobre primas a las empresas, que limitaba cuantitativamente el derecho de los fabricantes a ofrecer primas en efectivo o de otro tipo a los mayoristas o minoristas como incentivo para la comercialización de sus productos. Ambas partes coincidieron en que se trataba de una medida⁵³.

Una tercera acción que se considera como una medida fueron las directrices para la racionalización, de 1970, en que el tema que se planteó al Grupo Especial era si estas directrices administrativas constituían “simplemente una serie de sugerencias” o, por el contrario, ofrecían “incentivos suficientes a los particulares para que éstos actuaran de determinada forma, por lo que tendría en la actividad comercial en el Japón efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante”⁵⁴. La última acción que se consideró como medida era el Plan Básico de Sistematización de la Distribución, de 1971. En este caso, no había ninguna ley ni reglamento, el plan no contenía incentivos ni desincentivos declarados para el sector privado y su elaboración había sido obra de un órgano cuasigubernamental. No obstante, se observó que contenía indicadores suficientes para ser una medida; el Grupo Especial observó que quien había encargado el plan y se lo había confiado a dicho organismo era una entidad gubernamental, y que ésta había ratificado el plan y que colaboraría con el sector privado para garantizar su aplicación⁵⁵.

Estos ejemplos indican que el análisis del trato nacional con respecto a las prescripciones, así como de otros artículos del GATT que utilizan el término “medidas” va más allá de las categorías y caracterizaciones aparentes empleadas en la promulgación más amplia y más general de leyes o reglamentos. No obstante, como indicó también el Grupo Especial *Japón – Semiconductores*, no todas las acciones gubernamentales pueden constituir una medida⁵⁶. De la misma manera, como confirman las conclusiones negativas de este Grupo Especial, y como se examina con detalle más adelante, el hecho de que una acción constituya una prescripción no lleva necesariamente a concluir que el demandado esté concediendo trato menos favorable.

⁵² *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.98.

⁵³ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.109.

⁵⁴ *Japón – Películas fotográficas*, párrs. 10.160 y 10.161; se sugiere también que la prueba de *Japón – Semiconductores* ampliada por el Grupo Especial se aplicaba a los hechos de esta medida. Entre los factores señalados se encuentran la declaración del organismo de que las partes implicadas deberían realizar esfuerzos voluntarios, y que el organismo había encargado a la Cámara de Comercio que redactara un modelo de contrato.

⁵⁵ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.181.

⁵⁶ Para *Japón – Películas fotográficas*, los informes de estudio y recomendaciones en que se especifican las opciones no contienen incentivos ni desincentivos ni son medidas. No se presentan informes al Gobierno, ni hay informes que contengan un examen expositivo de prácticas pasadas preparados a petición del Gobierno. *Japón – Películas fotográficas*, debate sobre los informes provisionales sexto y séptimo, párrs. 10.122 y 10.136; informe sobre prácticas existentes, párr. 10.148.

II.3.2 Las “prescripciones” como resultado de acciones múltiples o sucesivas

Conviene también tener en cuenta que el concepto de prescripciones no se limita a los parámetros establecidos por una única promulgación o ley. Parecería, más bien, que tanto en el caso de las medidas como de las prescripciones, la composición de la acción gubernamental que se debe considerar debería poder definirse por la interrelación de las acciones adoptadas en el marco de las diferentes leyes, sus disposiciones detalladas y, como se ha visto antes, su posibilidad de inducir determinados comportamientos. Al tratar de determinar los efectos reales que se han generado con la acción gubernamental, parecería razonable que el demandante pudiera hacer referencia a más de una sola promulgación reguladora. Por ello, una disposición o acción gubernamental tomada de un contexto regulador podría integrarse (o interpretarse en paralelo) con otra procedente de un contexto de la ley de competencia para constituir una única prescripción o medida gubernamental coherente. En *Japón – Películas fotográficas* hay varios puntos de análisis en que la medida o prescripción se consideró como un todo a partir de diferentes declaraciones procedentes de distintos organismos, entidades y acciones a lo largo del tiempo. Ello se hizo no solamente con el fin de probar un efecto continuado, sino también de caracterizar la medida como una entidad global. De la misma manera, al determinar una medida con respecto al trato interno de las mercancías importadas, se han agrupado diferentes secciones de las leyes sobre comercio y competencia con el fin de establecer la base comparable para el trato de las mercancías nacionales⁵⁷.

Aunque el caso *Japón – Películas fotográficas* hacía referencia a la distribución, cabría decir lo mismo acerca de los carteles nacionales (horizontales) que podrían tener razones para discriminar negativamente la venta de mercancías importadas. Obviamente, habida cuenta de la jurisprudencia antes citada, la “cooperación” entre el gobierno y el sector privado puede condicionar el comportamiento de tal manera que pueda atribuirse a una acción gubernamental, al menos en el caso en que los efectos que cabría esperar razonablemente, si fueran resultado de una prescripción obligatoria, ofrecieran un trato menos favorable. Ello podría indicar también, como han observado muchas partes, que las consideraciones de transparencia con respecto a las instrucciones gubernamentales para el mercado interno son consideraciones estrechamente relacionadas, sobre todo si cuando se dan a conocer, esta orientación o cooperación puede ser impugnada por la OMC.

En la parte siguiente se considerará si las exclusiones pueden considerarse como promulgaciones en este contexto. Por ahora, lo que cabe decir en términos más generales es que la caracterización de una política como de competencia o reglamentación no influye al parecer en que se trate de una medida o prescripción a tenor de la legislación del GATT/OMC. Aunque la OMC no obligue a los Miembros a aprobar leyes de competencia, las leyes que entran en vigor caen dentro del ámbito normal de aplicación de las normas de la OMC. No hay nada especial en el trato de la OMC por lo que se refiere a una ley caracterizada por el organismo “regulador” en cuanto diferente del organismo de “competencia”. Aunque los Estados dividen con frecuencia estos aspectos en órganos independientes, las normas de la OMC sólo consideran si una ley, reglamento o prescripción influye en la venta de mercancías. Como las leyes nacionales de competencia son claramente “internas”, la obligación de trato nacional que se aplica a dichas leyes debería ser objeto primario de análisis. Ese es precisamente el tema que se aborda a continuación.

⁵⁷ El ejemplo citado es el informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916*, en que ambas partes convinieron en que una disposición de la ley competencia de los Estados Unidos establecería la base para un trato comparable al de las mercancías importadas en el marco de la Ley Antidumping de 1916. *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/R, 31 de marzo de 2000, párrs. 3.292 y ss.

El alcance de las normas de la OMC en lo que respecta a las leyes internas relacionadas con la observancia de la competencia no es ni más ni menos que su capacidad de considerar cualquier otra ley, reglamento o prescripción nacional que regule directamente el comercio o influya en él. Dentro de este parámetro, las normas de la OMC podrían ser muy amplias. No hay ninguna indicación de que la OMC establezca límites para considerar las leyes de competencia relativas a los sistemas reguladores en general, ni de que establezca ninguna distinción entre las diferentes formas de leyes reguladoras o políticas internas y leyes de competencia.

III. TRATO NACIONAL PARA LAS LEYES DE COMPETENCIA Y LAS DISPOSICIONES MARCO

III.1 Introducción

Como se ha señalado antes, el trato nacional es una consideración importante en relación con las medidas legislativas, por lo que en esta parte se examinará con mayor profundidad. De todas formas, como otros estudios han documentado cuidadosamente los elementos de la obligación contenida en el Artículo III del GATT y en el Artículo XVII del AGCS, en las páginas siguientes se intentará únicamente destacar los aspectos que tienen repercusiones en las leyes nacionales de competencia, aunque se dejarán numerosas lagunas que el lector podrá “rellenar” con los requisitos de las leyes concretas⁵⁸. En el contexto del GATT, y en el del AGCS cuando se considera en su totalidad, el trato nacional tiene gran alcance sobre las leyes nacionales de competencia, sobre todo con la adición de un examen *de facto* (orientado a los efectos). En cualquier caso, en el contexto de la política de competencia se ha encontrado siempre la limitación inevitable de que *sólo* se puede considerar el trato menos favorable por razón del origen extranjero. En este sentido, el requisito de trato nacional no puede servir de base para una prohibición eficaz contra todas las categorías de prácticas intrínsecamente nocivas con una dimensión internacional. Por lo tanto, en toda ley que fomenta acuerdos de cártel entre empresas extranjeras y nacionales, o en las que no se excluya la posibilidad de participación extranjera, no parece que el trato nacional pueda considerar estos tipos de acuerdo como prácticas anticompetitivas.

Al mismo tiempo, se propone que el trato nacional puede ser mejor de lo que se supone habitualmente para impugnar los cárteles nacionales con un sesgo claramente contrario a la importación, especialmente si es cierto que la mayor parte de los acuerdos con resultados positivos tienen cierta participación gubernamental. A este respecto, parece haber razones para situar las exclusiones internas de las leyes nacionales de competencia dentro del ámbito del trato nacional. Si bien la evolución jurídica de la OMC quizá no esté tan avanzada como para permitir una conclusión firme sobre el trato de las exclusiones, el lector puede juzgar por sí mismo cuál es la “laguna” existente entre lo que sería necesario para una alegación eficaz de violación directa con respecto a una exclusión, y la situación actual de las normas de la OMC. Lo que podría servir como conclusión provisional es que una alegación relativa al trato nacional tendría las mayores posibilidades de prosperar cuando el destinatario de la exclusión es una única entidad nacional dominante o cuando podría someterse a examen toda la estructura de la ley de competencia para determinar los diferentes efectos globales sobre las mercancías extranjeras generados por una o por todas las exclusiones.

Una esfera en que se ha manifestado menos nivel de alarma que en algunos comentarios dentro de los debates del Grupo de Trabajo es el examen de las decisiones de casos individuales. Aquí parece más difícil calificar de entrada una decisión judicial como una promulgación legislativa. Si bien las decisiones individuales adoptadas por los organismos administrativos muchas veces son impugnadas en la legislación del GATT, ello parece llevarse a cabo en el contexto de que una interpretación o aplicación de la ley en el caso en cuestión era prueba de que la misma ley no estaba en consonancia con las normas de la OMC. La decisión es más una prueba de no conformidad del acto que el objetivo.

⁵⁸ Véase OMC, Secretaría, WT/WGTCP/115, mayo de 1999.

Finalmente, esta sección terminará con algunas observaciones relativas a un Marco PC y a la capacidad relativa del trato nacional de captar las materias que, según se sugiere, se incluyen dentro de una prohibición. Además, una cuestión que se debe considerar a fondo es si un marco contribuiría a ampliar la aplicación del trato nacional tal como ahora se encuentra –el supuesto común que normalmente se considera– o quizá contribuiría en cierto sentido a limitar su posible aplicación en el contexto de su evolución en las normas de la OMC.

III.2 Igualdad efectiva de las oportunidades competitivas

El párrafo 4 del Artículo III del GATT hace referencia al trato de productos semejantes en relación con las leyes “que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso”. En la medida en que una ley de competencia de un Miembro pudiera afectar al trato concedido a productos importados semejantes en relación con cualquiera de esas materias, dicha ley debería considerarse incluida dentro del ámbito del párrafo 4 del Artículo III del GATT. Ello garantiza al trato nacional un ámbito potencialmente amplio para examinar las políticas nacionales de competencia, al menos para determinar si las mercancías importadas, los servicios o los proveedores son tratados o no menos favorablemente que los nacionales.

Aunque un trato nacional amplio no impone una obligación de acceso a los mercados de acuerdo con el significado del término “importación”, las cuestiones relativas a la importación y exportación de mercancías o servicios se encuentran claramente fuera del ámbito del artículo⁵⁹. Con respecto al mercado interno, el trato nacional no impone tampoco el establecimiento de un mercado con unas características competitivas objetivas particulares. Más bien, sólo permite comparar la situación de las condiciones competitivas de los bienes y servicios nacionales e importados. Si bien es posible reconocer que la obligación de garantizar la igualdad de la oportunidad competitiva está estrechamente relacionada con el concepto de competencia, ya que el establecimiento de condiciones de igualdad puede promover eficazmente la competencia, ambos conceptos no son sinónimos. El trato nacional no puede obligar a los Miembros a establecer mercados abiertos a la competencia, excepto en la medida en que la venta y distribución de las mercancías y servicios importados se ven exentos de su desventaja en relación con productos y servicios nacionales semejantes, y sólo con respecto a las leyes, reglamentos o prescripciones del Miembro⁶⁰. Así pues, la obligación se limita teóricamente al hecho de realizar un examen del régimen estatal en su forma promulgada y mantenida y de establecer una

⁵⁹ *Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera*, Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de febrero de 1984, (L/5504 - 30S/140), párr. 5.14, “...El Grupo especial comparte la opinión del Canadá de que hay en el Acuerdo General una distinción entre las medidas que afectan a la "importación" de productos, regida por el párrafo 1 del artículo XI, y las que afectan a los "productos importados", de las cuales trata el Artículo III.” Se mantiene la distinción en el marco del AGCS, como se observa en su Artículo XX, en que se presentan las listas de compromisos específicos de los Miembros (por separado) para los términos y condiciones en materia de acceso a los mercados (inciso a) del párrafo 1 del Artículo XX) y para las condiciones y salvedades en materia de trato nacional (inciso b) del párrafo 1 del Artículo XX).

⁶⁰ Sobre el párrafo 4 del Artículo III: “A juicio del Grupo Especial, la elección de las palabras "que afecte" implicaría que la intención del legislador era la de que las disposiciones del apartado 4 se refieran no sólo a las leyes y reglamentos que rigen directamente las condiciones de venta o de compra, sino, además, a todos los que puedan alterar en el mercado interior las condiciones de la competencia entre el producto de origen nacional y el producto de importación.” *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola*, Informe adoptado el 23 de octubre de 1958 (L/833 - 7S/60), párr. 12.

comparación para determinar si el resultado va a ser un trato favorable para las mercancías importadas o servicios o proveedores de servicios⁶¹.

Esta comparación trata de determinar cómo repercuten las leyes en la venta de mercancías, más que cómo influyen en los productores, transportistas, distribuidores y vendedores al por menor. Si bien una prescripción estatal puede estar dirigida a una empresa, la alegación relativa al trato nacional tiene que relacionar la prescripción con sus efectos en la venta de mercancías. No es una demostración de violación del trato nacional para hacer ver que las empresas han recibido trato diferente. Este paso adicional que considera los efectos en las mercancías es un requisito necesario. En el caso del AGCS, los proveedores de servicios son objeto de referencia directa, lo mismo que los servicios que producen. Ello amplía el ámbito de la AGCS al trato de las empresas, en comparación con lo que ocurre en el GATT.

Como elemento adicional, la calidad del régimen estatal que se debe establecer se examina de manera prospectiva. La importación prevista o efectiva no debe ocurrir antes de formular una alegación relativa al trato nacional, ya que la obligación, tanto para las mercancías como para los servicios, trata de proteger la expectativa de que se garantizará la igualdad en las condiciones competitivas. En este sentido, el trato nacional se confunde también con el concepto de acceso a los mercados. En la medida en que las mercancías importadas que reciben trato nacional pueden ser más competitivas internamente, las importaciones aumentarían. No obstante, como ya se ha señalado, las condiciones establecidas para la apertura a la competencia interna no son las que regulan las condiciones de entrada.

III.2.1 Disposiciones formalmente idénticas o no idénticas

El requisito de establecer el trato nacional no puede cumplirse sumariamente estableciendo prescripciones formalmente idénticas para el trato de productos en las disposiciones textuales de la legislación nacional. El siguiente párrafo del Grupo Especial del GATT se cita con frecuencia en relación con este tema:

“Por un lado, las partes contratantes pueden aplicar a los productos importados prescripciones legales formales diferentes, si con ello se les concede un trato más favorable. Por otro lado, también hay que reconocer que puede haber casos en que la aplicación de disposiciones legales formalmente idénticas represente en la práctica un trato menos favorable para los productos importados y en que, por tanto, una parte contratante tenga que aplicar a esos productos disposiciones legales diferentes para que el trato que les da no sea en realidad menos favorable”.⁶²

Si una ley establece una distinción en función del territorio de origen, hay motivos para pensar que podría producirse una infracción del trato nacional. No obstante, el mero hecho de que una ley prevea diferencia de trato no significa que se haya incurrido de hecho en una infracción. En el texto del Artículo XVII del AGCS se incorporaba esta interpretación, ya que un Miembro

⁶¹ Algunos proponen que esta diferencia debe basarse en el origen y que, si está basada en criterios independientes, no importaría cómo se repartía la carga entre importaciones y productos nacionales. En un terreno semejante, cada vez encuentra mayor apoyo la opinión de que no todas las importaciones similares deben tratarse de forma idéntica. A medida que se han iniciado casos para considerar los efectos discriminatorios de leyes por lo demás aparentemente neutrales, y a medida que el concepto de productos similares en materia de trato nacional regulador se ha ampliado para incluir los productos directamente competitivos, se ha reconocido también cada vez más que las meras diferencias entre productos semejantes no son impugnables en virtud de las normas del GATT. Como se examina más adelante, ahora se presta mayor atención a la forma en que se tratan los grupos de productos similares.

⁶² *Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1989 (L/6439 - 36S/345), 36 BISD, 1990.

puede cumplir esa obligación “otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares”. Una vez más, esta obligación afirmativa de imponer prescripciones formalmente diferentes, en caso necesario, para conseguir condiciones competitivas iguales se limita en su alcance a las “leyes, reglamentos o directrices administrativas”, en vez de tratar de crear condiciones competitivas en términos más generales.

III.2.2 Aplicación de jure y de facto

Ello ha dado lugar a una jurisprudencia que respalda una interpretación según la cual las obligaciones de no discriminación del Artículo III van más allá de las prescripciones formales de una ley o prescripción (*de jure*). Un examen limitado a la discriminación *de jure* consideraría únicamente las distinciones establecidas por razón del origen entre las mercancías (y servicios) nacionales e importados, registradas expresamente en la ley o reglamentación. En cuanto a la interpretación del Artículo I del GATT, el Órgano de Apelación de la OMC ha decidido expresamente que las disposiciones aparentemente neutrales pueden resultar discriminatorias en su aplicación o efectos (*de facto*)⁶³. Por ello, “como Grupo Especial, no podemos aceptar el argumento del Canadá de que el párrafo 1 del Artículo I no se aplica a medidas que, conforme a sus propios términos sean “neutrales con respecto al origen””⁶⁴. El Grupo Especial de *Japón – Películas fotográficas* aplicó sus conclusiones sobre el trato nacional a las medidas de distribución del Japón en términos *de jure* y *de facto*, observando que éstas

“ni i) establecen, por sus propios términos, una discriminación respecto de las películas o el papel importados (son formalmente neutrales en cuanto al origen de los productos) ni ii) tienen en su aplicación efectos distintos sobre las películas o el papel importados.”⁶⁵

⁶³ “Al analizar esta cuestión, observamos, en primer lugar, que el alcance de los términos del párrafo 1 del Artículo I no se limita exclusivamente a los supuestos en los que la medida establezca expresamente que no se concederá una “ventaja” a los productos similares de todos los demás Miembros, o ese hecho pueda demostrarse *a partir* de los términos de la medida. En el párrafo 1 del Artículo I no se utilizan los términos “*de jure*” o “*de facto*”. No obstante, observamos que el párrafo 1 del Artículo I no abarca únicamente la discriminación “de derecho” o *de jure*. Como han confirmado varios informes de grupos especiales del GATT, el párrafo 1 del artículo I abarca también la discriminación “fáctica” o *de facto*.” *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS142/AB/R, 31 de mayo de 2000, párr. 78 (se ha suprimido la nota a pie de página).

⁶⁴ Aunque se observa que el Órgano de Aplicación no ha llegado expresamente a una conclusión semejante en virtud del párrafo 4 del Artículo III (a diferencia de los grupos especiales de la OMC), el consenso aparentemente universal en este punto es que los exámenes en conformidad con el Artículo III y con el Artículo XVII del AGCS se efectúan tanto *de jure* como *de facto*. Así, en el informe del Grupo Especial de la OMC sobre el asunto *Japón – Películas fotográficas* se declara lo siguiente: “Notamos que en la OMC/GATT hay una jurisprudencia bastante elaborada sobre la cuestión de la discriminación *de facto*, tanto en relación con el principio del trato de la nación más favorecida de conformidad con el Artículo I del GATT como en relación con el principio del trato nacional establecido en el Artículo III del GATT.” *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, 31 de marzo de 1988, párr. 10.86.

⁶⁵ *Japón – Películas fotográficas*, párr. 10.381. El análisis de los casos con respecto a un posible efecto diferente en las importaciones parece, desde nuestra perspectiva actual, poco convincente, al aplicar (por completo) la norma de “cambio de las condiciones” establecida para las reclamaciones sin infracción al examen *de facto*, como “trastorno de la relación de competitividad”. *Ibid.*, párr. 10.380. El autor considera que en este caso la prueba quizá no se aplicó debidamente, ya que el demandante debería demostrar que la medida “puede” trastornar la igualdad en forma prospectiva, también en abstracto, es decir con o sin participación previa o posterior del mercado. Véase el examen del Grupo Especial, *ibid.* párrs. 10.115 y, en especial, 10.130, en que se mantiene que “...los Estados Unidos no han podido citar ningún caso en el que la aplicación del Sexto Informe Provisional haya al haya tenido esos efectos [trastorno de la relación de competitividad] con respecto a las películas o el papel estadounidenses.”

Las prescripciones neutras que mantengan efectos diversos en productos similares son la esencia de la infracción *de facto* del trato nacional. Como es responsabilidad afirmativa del Estado garantizar la igualdad de oportunidades, se desprende que el Estado tiene una responsabilidad paralela de crear un trato no formalmente idéntico como necesario dentro de sus leyes y prescripciones para alcanzar el efecto último de no tener efectos diversos en importaciones semejantes. Otra observación que puede hacerse es que cuando se producen efectos divergentes, una ley debería ser capaz de identificar el objetivo en que se validan los intereses del Estado estableciendo la protección. Fundamentalmente, ello refleja la situación de la legislación existente en la medida en que una infracción de la prescripción relativa al trato nacional transfiere la carga sobre el demandado para luego validar los efectos diversos invocando un objetivo legítimo declarado.⁶⁶

III.2.3 La analogía del terreno de juego

Una analogía propuesta en la que se esboza la obligación general tal como se ha descrito más arriba es la de terreno de juego nivelado, que correspondería al mercado interno. El mercado interno de un Miembro es el terreno en el que tiene lugar la competencia entre las mercancías y los servicios nacionales e importados, y el trato nacional es el mecanismo jurídico internacional que permite supervisar la situación del terreno⁶⁷. El Estado es soberano y puede diseñar las condiciones con libertad, o incluso determinar que no debe haber ningún terreno de juego para un producto determinado. Es también el Estado quien debe decidir si el terreno se encuentra en buenas o malas condiciones de juego. Lo que el trato nacional impone es que, cualesquiera que sean las circunstancias de juego que determine el Estado, luego no puede aplicar su propia autoridad para establecer condiciones menos favorables para los productos importados que para los nacionales. Si bien las mercancías competidoras no salen al campo de juego mientras no se ponen en circulación, puede hacerse un análisis de la situación antes de que ello ocurra. Por ello, es la expectativa de *igualdad* de las condiciones competitivas sobre el terreno lo que constituye el objeto de un examen relativo al trato nacional⁶⁸.

No obstante, como se indicaba en el anterior examen de la OMC aplicado a los agentes, el Estado no tiene una obligación de hurgar para descubrir las distorsiones provocadas sobre el terreno por las acciones y estrategias privadas de los jugadores, excepto si puede inducirles o

⁶⁶ Con este fin, en el Artículo XX del GATT no se propone una lista que concuerde bien con los objetivos señalados en los debates acerca del desarrollo, la modernización y la conservación, preocupaciones que, según han señalado los Miembros, se ven afectadas por las políticas de competencia y de reglamentación. Ello revela que ahora sería necesario un Marco PC en que se previeran excepciones que, de lo contrario, no serán reconocidas en virtud de lo dispuesto en el Artículo XX del GATT. Otro aspecto que se trata a continuación es que, ya que para invocar una excepción se requiere un cambio de la carga, en el caso de determinados intereses legítimos, la estructura de obligación/prohibición del marco debería reflejar mejor algunos intereses legítimos funcionando como excepciones, en cuyo caso la carga de la no aplicación continuaría recayendo sobre el demandante. Así se señala más adelante, en la conclusión.

⁶⁷ Lo que no debe confundirse con el símil del campo de juego nivelado que se aplica para comparar las prescripciones relativas a los productores nacionales y extranjeros.

⁶⁸ “La mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo de los “Impuestos Internos del Brasil” concluyeron, con razón, que las disposiciones de la primera cláusula del párrafo 2 del Artículo III “eran igualmente de aplicación cuando las importaciones procedentes de otras partes contratantes eran sustanciales, pequeñas o inexistentes” (IBDD, vol. II/185).” *Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, Informe del Grupo Especial adoptado el 17 de junio de 1987, (L/6175 - 34S/136), párr. 5.1.9. En algunas ocasiones se ha preguntado si la obligación abarca también a los productores o se limita al trato de las mercancías propiamente dichas. Las medidas que afectan a los productores pueden afectar a las mercancías, pero habría que demostrar el efecto sobre éstas.

ayudarles a inclinar el terreno de alguna manera. Por ello, en la medida en que un marco de política de competencia pudiera crear la obligación de reparar las desigualdades provocadas por acuerdos o limitaciones puramente privados, ello requeriría por parte del Estado una intervención en las condiciones objetivas mayor de la que se exige ahora en virtud de las normas. No obstante, esta ampliación quizá no requiera que el Estado se convierta en árbitro activo de todas las acciones privadas realizadas por los jugadores. Quizá se establezca un papel más pasivo, en que el Estado sólo garantice que las normas de la conducta privada se den a conocer y que se disponga de un árbitro para que determine en caso de infracción⁶⁹.

El trato nacional de acuerdo con las disposiciones del GATT no es una política de competencia y su objetivo no es garantizar que haya competencia. Más bien, trata de conseguir que cualesquiera que sean las condiciones competitivas establecidas por los reglamentos o condiciones externas, estas condiciones se reconozcan igualmente a las mercancías importadas a fin de evitar la protección de los productores nacionales. Para esta evaluación, puede examinarse un conjunto de prescripciones aparentemente neutrales para determinar si hay un efecto resultante diverso en el trato de las mercancías importadas.

III.3 Trato nacional y exclusiones

Dentro del debate sobre el trato nacional hay dos esferas que han suscitado desde hace tiempo observaciones de los Miembros, a saber, el uso de las exclusiones en las leyes de competencia y el trato de las decisiones sobre casos individuales⁷⁰. Ambas están relacionadas con la aplicación *de facto*. En este contexto, se considera como exclusión una disposición dentro de una ley nacional de competencia en la que se prevea la no aplicación de normas sustantivas o de procedimiento, que se aplicarían en caso contrario⁷¹. Se dice que las exclusiones presentan formas variadas, pudiendo ser explícitas e implícitas y, por lo que respecta a la materia, sectoriales o no sectoriales. Como una exclusión prevista en una ley nacional no haría probablemente referencia expresa al trato diferente concedido en función del origen, podría deducirse una teoría de la reclamación sobre trato nacional a partir del argumento de que se estaba otorgando trato menos favorable en la aplicación de la exclusión cuando sus efectos eran más gravosos para los bienes o servicios importados o, alternativamente, mediante referencia al diseño del plan general de la ley de competencia, como si tratara de excluir esferas que sólo benefician a los productores nacionales en relación con las mercancías o servicios importados.

⁶⁹ Podría argumentarse que éste es un componente del Marco PC, en que los Estados deberían promulgar leyes de competencia que garantizaran la apertura a la libre competencia, y luego la aplicación del trato nacional, con lo que se aplicaría la igualdad de derechos de apertura a la libre competencia para las mercancías importadas. El cambio a la no discriminación sobre la base de la nacionalidad de una empresa tendría también algunas repercusiones, ya que el examen necesario hace ahora referencia al trato de las mercancías más que al trato de las empresas.

⁷⁰ Las decisiones sobre casos individuales se consideran en otra sección, más adelante.

⁷¹ Secretaría de la OMC, WT/W/172, 06-06-01. En ese documento, los términos *exenciones*, *exclusiones* y *excepciones* se utilizan indistintamente. En estas páginas, el término *exclusión* se emplea en forma más restrictiva, para referirse a actividades que se encuentran más allá de la aplicación de una ley de competencia. Por el contrario, el término *exención* hace referencia a una actividad que se incluye dentro del ámbito de la ley y sus prohibiciones, pero que se establece como medio de recurso para algunos aspectos procompetitivos o *de minimis*, independientemente de que estén determinados por un criterio explícito o por la regla de la razón. Finalmente, por *excepción* se entiende una actividad que se incluye plenamente en el marco de la ley, pero que está autorizada en cualquier caso en cuanto que permite hacer realidad un objetivo legítimo dominante del Estado. Este uso del término *excepción* trata de tener en cuenta la práctica habitual de la OMC.

III.3.1 Una exclusión, en cuanto prescripción o medida

Una cuestión liminar en relación con uno u otro argumento es si una exclusión puede considerarse como ley, reglamento o prescripción según el sentido del Artículo III del GAT, o como medida que afecta a la prestación de servicios de acuerdo con el Artículo XVII del AGCS. Según la definición antes presentada, una medida constituiría o una promulgación legislativa u otra acción gubernamental con el mismo efecto, por lo que no parece que sea determinante que las únicas prescripciones o medidas que puedan tratarse sean las que establecen afirmativamente la cobertura de la ley de competencia. Más bien, parece que una promulgación puede imponer (obligar a hacer algo) así como prohibir (obligar a no hacer algo)⁷². Así pues, si una exclusión constituyera una prescripción, no parecería importar que la ley estableciera una lista positiva (en la que no se enumeraría el área excluida) o que presentara una lista negativa (en que se indicarían los sectores o actividades exentos de la aplicación de la ley).

Puede decirse que las exclusiones funcionan de la misma manera que las prohibiciones en cuanto que obligan a una autoridad nacional a abstenerse de aplicar una ley interna que de lo contrario sería objeto de aplicación, es decir a abstenerse de realizar algún acto oficial que, de lo contrario, sería obligatorio. En el contexto de la ley de competencia, la exclusión privaría al Estado mismo de la oportunidad de aplicar su ley de competencia bien en el curso de las investigaciones/procesos emprendidos por propia iniciativa o denegaría a las autoridades estatales la jurisdicción de recibir quejas privadas y responder en consecuencia. Por ello, una exclusión afectaría a las partes (privadas o públicas), ya que les negaría la oportunidad de invocar la ley nacional de competencia como recurso en relación con la materia ante las autoridades o ante los tribunales nacionales. En la medida en que se establece una exclusión de manera explícita como parte de un plan legislativo global (ley o reglamento) o como prescripción implícita en forma de incentivos o expresiones normativas, parece plausible considerar que cae dentro de la categoría de leyes, reglamentos, prescripciones o medidas gubernamentales que se incluirían dentro del ámbito del párrafo 4 del Artículo III del GATT o del Artículo XVII del AGCS⁷³.

III.3.2 Comparación dentro de la exclusión: Igualdad de oportunidad anticompetitiva

Se plantea la cuestión de cómo puede una exclusión ofrecer trato menos favorable por razón del origen. Si exige a una categoría de mercancías o servicios de las normas de competencia, en ese caso, para que se diera una infracción, una comparación en virtud del Artículo III con mercancías o servicios importados (similares) supondría que mientras que la ley negaba la aplicación a las mercancías o servicios (o proveedores) nacionales, no obstante continuaría en vigor en relación con las importaciones similares. Por ejemplo, los acuerdos alcanzados y las prácticas que influyen en la venta o distribución de mercancías importadas podrían importarse como anticompetitivos (y quizá por los competidores de productos nacionales similares), mientras que los acuerdos y prácticas comparables de los productores nacionales de

⁷² La interpretación de que una disposición negativa es impugnabile en virtud de las normas de la OMC se confirma en el área de los obstáculos técnicos al comercio. Véase, como testimonio más reciente, *CE-Sardinas*, WT/DS231/R, párr. 7.44, donde se cita *CE-Amianto*, párr. 69 del informe del Órgano de Apelación.

⁷³ Un argumento en contra es que, si la ausencia de una ley de competencia no puede constituir una ley o prescripción, la exclusión de una ley cuya promulgación no es requerida inicialmente no puede resultar impugnabile en el marco de la OMC. La respuesta es la misma para todos los sistemas reguladores. Como no se “requiere” ningún reglamento, siempre se puede señalar que todo trato más favorable resultante para los productos nacionales como consecuencia de su aplicación incompleta cuando se promulgó no debe constituir nunca una infracción del Artículo III del GATT.

productos similares estarían libres de impugnación⁷⁴. Esta diferencia de trato se centra en el recurso disponible a la observancia establecido entre los productos nacionales e importados. Se considera que los procedimientos y la utilización de recursos influyen en la venta de mercancías en el contexto del trato nacional, al menos en la medida en que el Grupo Especial del GATT que se encargó del asunto *Estados Unidos – Artículo 337* se ocupó también de los mecanismos institucionales y de observancia previstos para las partes privadas que debían hacer frente a una reparación civil por una infracción de una ley nacional⁷⁵.

Este resultado en la aplicación del trato nacional en el contexto de la política de competencia puede parecer paradójico, ya que el demandante argumentaría fundamentalmente que se le ha negado la igualdad de oportunidades *anticompetitivas*. No obstante, igual que antes, el trato nacional no reconoce ningún criterio para establecer un mercado objetivamente competitivo. La comparación se hace con respecto a las condiciones competitivas establecidas por las leyes o prescripciones, por muy poco competitivas que pudieran ser en general esas condiciones.

Dentro del ámbito de la exclusión, el caso antes descrito quizá no sea el más representativo. Serían más frecuentes aquellos casos en que, debido a condiciones *anticompetitivas* previas a la promulgación de la exclusión, que sustenta la exclusión misma, podría autorizarse *de jure* a nuevos participantes a establecer restricciones similares, pero la situación previa establecida por los agentes nacionales impide toda participación⁷⁶. Si bien el demandante tendría que demostrar que la exclusión *de facto* ha privado de igualdad eficaz de oportunidades a las importaciones debido a su origen externo, la exclusión no ha modificado ninguna condición previa de no contestabilidad. Aunque el Estado ha plasmado formalmente la exclusión en una ley, no ha introducido ninguna modificación en las condiciones competitivas entre las mercancías importadas y nacionales⁷⁷. Teniendo en cuenta que el trato nacional no es lo mismo que “acceso a los mercados”, y, mientras que una disposición del Marco PC no establezca lo contrario, un Miembro no tiene la obligación de garantizar un mercado interno abierto a la competencia, ni siquiera después de otorgar una concesión arancelaria, o en el contexto de la AGCS en virtud de un compromiso de acceso a los mercados y el correspondiente trato nacional⁷⁸.

⁷⁴ A este respecto, cabe preguntarse si las prácticas de acuerdos estarían sometidos al GATT o al AGCS. En la medida en que la venta o distribución de mercancías se vea afectada, pueden aplicarse ambas formas de trato nacional. *Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, “Estamos de acuerdo con la declaración del Grupo Especial de que: El sentido corriente de los textos del GATT de 1994 y del AGCS, así como del párrafo 2 del Artículo II del Acuerdo sobre la OMC, considerados en conjunto, indica que las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del AGCS pueden coexistir y que una de ellas no invalida la otra.” WT/DS31/AB/R, omitida la nota a pie de página.

⁷⁵ *Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1989 (L/6439 - 36S/345), 36 BISD, 1990. En este caso, la diferencia de trato en cuanto al origen era *de jure*.

⁷⁶ Así ocurre probablemente cuando una nueva ley de competencia excluye la intervención para su aplicación en sectores o esferas que estaban efectivamente cerradas a la participación competitiva por iniciativa privada o gubernamental.

⁷⁷ Como se ha observado ya que el Artículo III del GATT podría invocarse preventivamente, es decir, que las importaciones efectivas no son un prerrequisito para invocar el artículo, no se puede excluir de entrada la posibilidad de aplicación del Artículo a los hechos de un mercado interno previamente cerrado. A diferencia de las reclamaciones en virtud del inciso b) del párrafo 1 del Artículo XXIII en caso de no infracción, no es necesario que se observe en el Artículo III un cambio en las condiciones competitivas.

⁷⁸ Salvo en cuanto que la apertura a la competencia pudiera deducirse del Artículo VIII del AGCS junto con un compromiso específico de acceso a los mercados, o en cuanto a la competencia en general en el Artículo IX

III.3.2.1 Comprobación de facto de Canadá – Industria del automóvil en el contexto del principio NMF

Un caso de la OMC en que se esboza una interpretación aceptada para el análisis *de facto* en el contexto del principio NMF es el de los informes del Órgano de Apelación y el Grupo Especial que se ocuparon del asunto *Canadá – Industria del automóvil*⁷⁹. En él se encontró una infracción *de facto* del principio NMF de acuerdo con la estructura de un plan que garantizaba una exclusión de un derecho consolidado a los fabricantes extranjeros de automóviles que mantenían una relación con un productor nacional. El requisito necesario para recibir el beneficio de la exclusión no era discriminatorio de acuerdo con el texto de la ley por ningún motivo relacionado con el origen nacional (*de jure*). En cambio, el período de tiempo que se ofrecía para poder acogerse al esquema impedía necesariamente la participación de empresas que establecieran posteriormente una relación con un productor nacional⁸⁰. Por ello, se concluyó que, en efecto, la exclusión sólo se había ofrecido a un territorio que tenía relaciones preexistentes con el productor. En consecuencia, el diseño de la exclusión, si bien no era discriminatorio *de jure*, producía el efecto de que sólo se ofrecía esa ventaja a las empresas de determinados territorios, mientras que se negaba a otras.

Para establecer un paralelo de reclamación en el marco de la ley de exclusión de competencia con estos hechos, habría que argumentar que una exclusión ha cerrado la posibilidad de que mercancías extranjeras se beneficien de prácticas o acuerdos restrictivos nacionales a los que se habrían podido acoger antes de que se promulgara la exclusión. Ello representa una dificultad si no había ninguna diferencia en la capacidad gubernamental de intervenir para conseguir la observancia con relación a las prácticas antes y después de que entrara en vigor la exclusión. Podría concluirse justamente que un argumento sobre trato menos favorable en el contexto de una exclusión sería difícil de mantener aun considerando la adición de un análisis *de facto*, al menos tal como se deduce de este caso. No obstante, este mismo razonamiento podría dar lugar a una conclusión diferente en que la ley de competencia estuviera en vigor para las prácticas o sectores concretos antes de la exclusión, y luego el hecho de la exclusión eliminara esta amenaza previa de imposición de la observancia. Un análisis *de facto* podría considerar los efectos directos que la exclusión ha tenido en la exportación de mercancías, particularmente si pudiera demostrarse que la nueva exclusión ha producido un cambio en las condiciones de la igualdad de oportunidades competitivas (o más bien anticompetitivas).

III.3.3 La exclusión como aspecto de una disposición más amplia

Un planteamiento alternativo es introducir la exclusión en la matriz de la ley de competencia en sentido más amplio, y luego tratar de demostrar que, por su concepción y arquitectura global, las exclusiones redundaron en beneficio de los sectores cuyos bienes y

del AGCS o de acuerdo con las disposiciones de un acuerdo específico. Éste parece ser un elemento del caso *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/3 (Solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por los Estados Unidos), pero en relación con las disposiciones del documento de referencia sobre telecomunicaciones que no se considera aquí. Además, la modificación del compromiso postcontractual daría lugar a una reclamación sin infracción, que tampoco se considera aquí.

⁷⁹ *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS142/AB/R, 31 de mayo de 2000.

⁸⁰ *Canadá – Automóvil*, Ibid., párr. 73. “Desde 1989, ningún fabricante que no se beneficiara antes de la exención de derechos de importación sobre vehículos de motor puede optar a beneficiarse de ese derecho en virtud de la MVTO de 1998 o de una SRO. El Canadá cerró en 1989 la lista de fabricantes que podían beneficiarse de la exención de derechos de importación en cumplimiento de las obligaciones de ese país en el marco del CUSFTA.” Se han suprimido las notas a pie de página.

servicios no podrían participar en el mismo tipo de acuerdos o prácticas. Con ello, se pone en tela de juicio el plan más general en virtud del cual el efecto de la ley de competencia junto con la exclusión era “aislar” algunas zonas de actividad frente a la competencia con el fin de conseguir la protección interna. Ello estaría en contraste con el conjunto de la legislación, ya que podría demostrarse que introduce normas de competencia donde la competencia exterior no sería tan probable, debido quizá a otros obstáculos al comercio o a la inversión. Así, en comparación con los sectores no excluidos, los incluidos en la excepción podrían estar más abiertos a asociaciones en que no podrían participar los productores de una mercancía importada o los proveedores de servicios, o no podrían reproducirla de alguna manera, o los acuerdos verticales tendían a encontrarse en sectores excluidos que no podrían ser reproducidos por los distribuidores de mercancías importadas similares. Ello sería quizá todavía más claro si todas las exclusiones estuvieran relacionadas con sectores que estuvieran organizados como cárteles de importación, y ello pudiera demostrarse.

III.3.3.1 La capacidad de examinar los objetivos declarados

Al realizar este análisis, un Grupo Especial de la OMC no consideraría si la autoridad promulgadora manifestaba una *intención* expresa de garantizar la protección interna en su formulación de la exclusión⁸¹. No obstante, en la medida en que puede decirse que el análisis del párrafo 4 del Artículo III del GATT está en paralelo con la evolución de los casos sobre impuestos en el contexto del párrafo 2 del Artículo III del GATT (para los productos directamente competidores y sustituibles), un Grupo Especial podría tratar de determinar si los efectos de la prescripción daban lugar a un trato menos favorable, que sería patente en el diseño y estructura de la ley⁸². Independientemente de que el Grupo Especial adoptara o no esta prueba de “aplicación”, probablemente consideraría la existencia de un trato menos favorable en relación con los efectos de la medida sobre todas las importaciones similares previsibles. Además, en la medida en que los objetivos declarados de la ley fueron presentados por el demandado como justificación de la exclusión, dichos objetivos podrían compararse también con la aplicación efectiva de la medida en la práctica para determinar si dichos objetivos se están validando. Como indicó el Órgano de Apelación en el asunto *Chile – Impuestos a las Bebidas Alcohólicas*,

⁸¹ “No se trata de una cuestión de intención. No es necesario que un Grupo Especial investigue a fondo las numerosas razones que a menudo tienen los legisladores y los reglamentadores para lo que hacen, ni que pondere la importancia relativa de esas razones, para establecer la intención legislativa o reglamentaria.” Así ocurre en el contexto del párrafo 2 del Artículo III del GATT, análisis de la segunda frase. *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* – Informe del Órgano de Apelación – WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de octubre de 1996, Sección H.2 (c).

⁸² La ampliación de los productos “similares” del párrafo 4 del Artículo III para incluir los productos directamente competidores y sustituibles se trata directamente más adelante. *Japón – Alcohol*, Ibid., “Si bien es cierto que el objeto de una medida quizá no puede evaluarse fácilmente, sin embargo su aplicación con fines de protección puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida.” En el párrafo 4 del Artículo III no se exige una comprobación independiente con respecto al párrafo 1 del Artículo. Como advertencia a esta línea argumental, cabe decir que no es definitivo que el Órgano de Apelación aplicará la prueba elaborada para los impuestos a un caso de prescripción en el marco del párrafo 4 del Artículo III, aunque su decisión en *CE- Amianto* amplió expresamente la categoría del producto similar para las prescripciones del párrafo 4 del Artículo III con el fin de incluir los productos directamente competidores y sustituibles, con lo que se da a entender la posibilidad de que las pruebas aplicadas al párrafo 2 del Artículo III se apliquen también a los casos incluidos en el párrafo 4 del Artículo III relacionados con dichos productos. Véase, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, 12 de marzo de 2001, párrs. 99 y 100.

Nos parece que el Grupo Especial no hizo nada más que tratar de relacionar las características estructurales observables de la medida con sus propósitos declarados, labor inevitable para evaluar si la aplicación de la medida protegía o no la producción nacional⁸³.

Por ello, es posible que los objetivos declarados de la ley de competencia en sentido más general se consideren para determinar si la exclusión se formuló o aplicó para hacer realidad alguno de los objetivos declarados. En la medida en que fomenten la competencia, o establezcan condiciones generales de apertura a la competencia, la exclusión podría analizarse también desde esta perspectiva. Si fuera obvio que no se estaba obteniendo ningún resultado favorable a la competencia mediante la exclusión, de acuerdo con sus propios términos, el hecho de que una exclusión fuera contraria a los objetivos podría ser un punto de análisis, sobre todo si a ello se une un análisis de la aplicación que indicara que sólo las empresas nacionales eran efectivamente capaces de aprovecharse del contenido de la exclusión.

Sobre este punto, conviene recordar de nuevo la distinción establecida entre trato nacional y acceso a los mercados. Los acuerdos internos de exclusión pueden impedir la importación de bienes o servicios, pero ello no es una cuestión de trato nacional⁸⁴. Por otro lado, el trato nacional no garantiza condiciones competitivas, ya que sólo genera una expectativa de que dichas condiciones serán efectivamente iguales para los productos importados. En la medida en que un proveedor de bienes o servicios importados tenga el mismo derecho a establecer los mismos acuerdos o prácticas restrictivos, el argumento más restrictivo es que no se infringe el trato nacional. No obstante, podría argumentarse en sentido más amplio que, si el terreno de juego está dominado por acuerdos y prácticas nacionales que producen efectos duraderos como consecuencia de la exclusión de manera que las posibles importaciones no puedan adoptar las mismas prácticas anticompetitivas, el efecto de la exclusión *de facto* puede ser negar a estas importaciones su igualdad efectiva de oportunidades (anti)competitivas⁸⁵.

III.3.4 Consecuencias de una definición ampliada de productos similares

Lo que puede ser un obstáculo o beneficio adicional para el demandante es que la definición de “similar” en el contexto del párrafo 4 del Artículo III se ha ampliado para incluir también los productos que son directamente competidores o que pueden ser sustituidos directamente⁸⁶. No está claro por el momento en qué manera la prueba de evaluación para el trato menos favorable se aplicará a una definición de productos similares en sentido más amplio. En el contexto de los impuestos internos del párrafo 2 del Artículo III, en lo que respecta a los productos similares considerados en la primera frase, todo impuesto en exceso del que grava los productos nacionales representará una infracción. No obstante, también en el contexto de los impuestos, en el caso de los productos que son directamente competidores o que pueden ser sustituidos directamente, las diferencias *de minimis* en los derechos aplicados no son infracciones *prima facie*. Más bien, se ha elaborado una prueba de “aplicación” para determinar si los efectos

⁸³ Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas, WT/DS87/AB/R WT/DS110/AB/R, 13 de diciembre de 1999, párr. 172. Ello se sitúa en el contexto del párrafo 2 del Artículo III para los productos DCS, y ningún Grupo Especial ni el Órgano de Apelación ha tomado ninguna decisión en un caso de regulación.

⁸⁴ Quizá haya más relación con las obligaciones contraídas en una consolidación, o con la pérdida de beneficios por medidas que por lo demás serían legítimas en el contexto GATT, como en una reclamación sin infracción, tema que no se trata aquí.

⁸⁵ Ello permite pensar que el Artículo XI del GATT debería ser objeto de mayor consideración, lo mismo que las medidas distintas de los deberes y cargas que afectan a la importación y exportación.

⁸⁶ Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R, párrs. 98-100.

de la diferencia en el régimen fiscal se aplican con el fin de otorgar protección a la producción nacional. En lo que respecta al párrafo 4 del Artículo III, no hay ninguna referencia directa al concepto reflejado en la fórmula “de manera que se proteja la producción nacional” y no está claro si el Órgano de Apelación incorporará funcionalmente dicha prueba para esta categoría ampliada de productos similares.

Lo que quizá resulte más claro es que un grupo más amplio de productos similares dará lugar a una comparación entre las agrupaciones de productos semejantes que se ha comprobado que son similares. Inicialmente lo que ello representa para un demandante es que se dispone de un grupo más amplio de productos nacionales semejantes de los que se puede destacar uno que recibe trato más favorable. No obstante, en la medida en que los grupos sólo pueden compararse con otros grupos de productos similares, es también posible que resulte inviable o difícil recurrir a esta línea tradicional de ataque. Más bien, los efectos sobre cada categoría (grupo) de productos similares pueden examinarse para determinar si el grupo importado recibe trato menos favorable que el grupo de productos nacionales. Otra posibilidad es determinar si el plan en general, al distinguir entre diferentes agrupaciones, genera efectos discriminatorios menos favorables.

Estas innovaciones jurídicas podrían tener consecuencias favorables para las exclusiones no proteccionistas en los casos en que se formulan de acuerdo con criterios económicos más que sectoriales. Un ejemplo serían las exclusiones realizadas para las empresas pequeñas y medianas⁸⁷. Si bien se trata de una prescripción aparentemente neutral, un demandante podría tratar de demostrar que, dado que los pequeños y medianos productores solían ser nacionales, el resultado era un trato diverso (menos favorable) de las importaciones “similares”, que solían estar patrocinadas por grandes empresas. No obstante, un demandado podría argumentar que la exención de determinados acuerdos y prácticas no era menos favorable, ya que el grupo de empresas pequeñas y medianas potencialmente importadas recibiría las mismas oportunidades competitivas en comparación únicamente con el grupo de pequeñas y medianas empresas extranjeras. En la medida en que el tratamiento del grupo se base en este análisis, parecería que la comparación de las categorías en general ofrecería a un demandado cierta flexibilidad adicional. Al comparar únicamente el grupo integrado por las pequeñas y medianas compañías extranjeras con las pequeñas y medianas empresas nacionales, el Grupo Especial podría comprobar que la exclusión no concedía trato menos favorable por razón del territorio de origen.

No obstante, no es posible conseguir el mismo resultado benigno en el caso de una exclusión sectorial, por ejemplo cuando la exclusión se formuló de manera tan restrictiva que continuaría sometiendo los productos (o servicios) DCS a la ley de competencia. Además, téngase en cuenta que el territorio nacional está produciendo únicamente el producto general en sentido restrictivo que ha sido objeto de exclusión. Con ello se plantearía el ejemplo clásico de “peras y manzanas” que se intentaba abordar en las disposiciones DCS en el contexto de los impuestos interiores (segunda frase del párrafo 2 del Artículo III)⁸⁸. La categoría de productos establecida para una exclusión no debería someter a las mercancías o servicios directamente

⁸⁷ Aunque las disposiciones sobre las PME podría quizá calificarse más adecuadamente como procompetitivas o excepciones *de minimis*.

⁸⁸ Como se observa en el párr. 2 del Artículo III del GATT; véanse las disposiciones anexas. Cuando el país de importación produce naranjas eran operados, una gran diferencia de impuestos en favor de las naranjas representa una forma de protección nacional. Basta pensar que, dado que los productos similares a los efectos de la reglamentación se han ampliado para incluir los servicios o los productos DCS, esta justificación nacional para abordar la protección entre productos DCS debe entrar en juego en el análisis de la reglamentación. En tal caso, las definiciones reglamentarias para las exclusiones que de los servicios o productos DCS serían impugnables en virtud del párrafo 4 del Artículo III del GATT, en su formulación actual.

competidores a regímenes de observancia contradictorias sin un objetivo legítimo significativo basado en la política de competencia que respalde esas diferencias de trato.

La exclusión para los sectores o esferas económicas de actividad da lugar a la no aplicación de las leyes y procedimientos nacional de competencia. En la medida en que la participación extranjera esté autorizada a beneficiarse igualmente de esas oportunidades anticompetitivas, la obligación de trato nacional no se ve aparentemente afectada. No obstante, la clasificación de una exclusión en el marco de la ley nacional quizá no sea suficiente para evitar un examen del trato nacional. Cuando la exclusión puede beneficiar únicamente a un agente nacional, o cuando se comprueba que la estructura de la ley misma tiene efectos diversos en las mercancías importadas extranjeras, puede haber una infracción del trato nacional. La jurisprudencia reciente sobre la cuestión de los productos “similares” en lo que respecta a los grupos de productos puede ofrecer cierta flexibilidad adicional para tratar los productos similares de diferente manera con el fin de reflejar las opciones reguladoras no sectoriales. Ello podría ser de interés para las exenciones de la ley nacional en esferas como las pequeñas y medianas empresas. Por otro lado, las exclusiones sectoriales que no comprenden los productos que son directamente competidores o que pueden ser sustituidos directamente pueden incluirse en una definición más amplia de los productos similares.

III.4 Decisiones de casos individuales

Una segunda esfera se relaciona con la aplicación de las normas de competencia a las decisiones adoptadas en los distintos casos. Varios Miembros se han preguntado si las decisiones adoptadas para investigar o incoar procesos sobre casos concretos, o las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas o los tribunales, podrían ser objeto de alegaciones relativas al trato nacional. Habría que considerar primero si estas decisiones administrativas pueden abordarse ahora en el contexto de esa obligación como infracciones *de jure* o *de facto* del trato nacional.

III.4.1 Como base común para las consultas

Hay pocas dudas de que las decisiones sobre los distintos casos adoptadas por las autoridades administrativas dan lugar a alegaciones en la OMC. La inmensa mayoría de las consultas relacionadas con el antidumping, las subvenciones y las salvaguardias están relacionadas con decisiones de casos concretos, cuyas consecuencias se consideran lo bastante negativas para los intereses de la alegación como para dar lugar a procedimientos de solución de diferencias⁸⁹. De hecho, ha habido sólo un pequeño número de casos en estas esferas en que no se habían producido decisiones sobre casos individuales o no había al menos algún caso individual pendiente⁹⁰. Cuando las determinaciones individuales se someten a un proceso de solución de diferencias, normalmente suelen ser objeto de alegación y análisis por parte de los grupos especiales una gran variedad de cuestiones relativas a la forma en que el organismo administrativo (o tribunal nacional) ha tramitado el caso en cuestión. Entre los aspectos considerados se incluyen la manera en que se establecieron las comparaciones entre productos para determinar si son “similares”, la calidad de los datos utilizados y las conclusiones alcanzadas como base para la declaración de daños y la determinación de si las partes tuvieron realmente la oportunidad de hacerse escuchar. Estos aspectos pueden ser planteados como supuestas

⁸⁹ Los casos pendientes referentes a decisiones de casos individuales son demasiados numerosos para poder citarlos todos; véanse “Overview of the State of Play of WTO Disputes”.

⁹⁰ Por ejemplo, *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136, párr. 6.40; y *Estados Unidos – Artículo 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WTDS152/R, párr. 7.13.

infracciones de los procedimientos propios del territorio, pero en último término la comparación se hace con respecto a las disposiciones de la ley y los derechos y obligaciones contenidos en la OMC y sus acuerdos anexos. Por ello, como se plantea en la determinación de un caso individual, el demandante puede argumentar que los procedimientos o conclusiones del caso en cuestión representaban una infracción de los procedimientos propios del territorio que promulgaban las normas de la OMC, o eran un indicio de que los requisitos mismos de la ley nacional infringían las disposiciones pertinentes de la OMC.

III.4.2 Necesidad de una disposición

Por todo ello, es evidente que las determinaciones de los casos individuales pueden dar lugar a impugnaciones en virtud de la legislación del GATT, pero debe haber una ley, reglamento o prescripción vigentes para presentar la impugnación. Por ejemplo, cuando una determinación administrativa nacional realizó una comprobación de producto similar que influyó en el trato de las mercancías importadas, esta comprobación podría ser impugnada alegando que incumple el Artículo III, pero en relación con alguna “disposición” nacional en virtud de la cual se hizo la constatación. La esencia de una alegación en el contexto de la OMC estaría relacionada con la conformidad de la prescripción misma, lo que significa que la decisión individual no podría considerarse como tal prescripción. Más bien, la decisión sobre el caso es reflejo de la prescripción y consecuencia de la misma. Con ello se quiere decir simplemente que las decisiones tomadas sobre casos individuales no son disposiciones⁹¹.

Como toda reclamación *de jure* examinaría los términos específicos de una disposición para comprobar si hay diferencia de trato en cuanto al origen, las decisiones de los casos por sí mismas, si pueden ser objeto de impugnación, se incluirían necesariamente en la categoría de examen *de facto*. Se pediría el examen de una prescripción por lo demás neutral en cuanto al origen bien en virtud de las peculiaridades de un caso dado o, más probablemente, dentro de una pauta de decisiones en virtud de la cual la aplicación de la prescripción indicaba un trato menos favorable. En este caso concreto, parecería que debería demostrarse una infracción de la aplicación, en forma de abuso de discreción o arbitrariedad que indicaría una negación del requisito de proceso legal. Así pues, si se diera el mismo resultado contra una parte nacional, ¿constituiría ello una infracción del proceso legal en virtud de la ley nacional? En tal caso, por lo que respecta al demandante, la reclamación estaría relacionada más con los recursos establecidos por problemas de derecho legal, que se aplican en forma menos favorable. La cuestión que debería plantearse es si los derechos de aplicación de una determinación nacional sobre la base de infracciones del proceso legal se reconocían igualmente a una parte extranjera.

Una reclamación *de facto* en las circunstancias de las pautas de casos parecería estar también necesariamente relacionada con el requisito fundamental que permitiera utilizar dicha discreción. Si una ley no establece distinciones en función del origen, parecería que se estaba dando una pauta de decisiones que reflejaban una determinación del origen bien porque la ley misma de alguna manera utilizaba esta discreción excesiva o los criterios empleados en las decisiones representaban un exceso en las atribuciones con respecto a los criterios propios de la ley. En el primer caso, la impugnación sería de nuevo con respecto al requisito para el que se

⁹¹ Las “prescripciones” han sido declaradas impugnables ya que consisten también de determinaciones individuales, más que “de aplicación general”. *Canadá – Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera*, 30S/140, párr. 5.5. No obstante, en este caso la prescripción no era la decisión del caso individual sino la actuación gubernamental, en forma de disposición. El autor no conoce ningún ejemplo en que se haya determinado que la decisión de un caso individual fuera una prescripción en el sentido del párrafo 4 del Artículo III simplemente por comparación con el resultado de otros casos.

estableció la pauta como forma de prueba de la no conformidad de la disposición. En cambio, el segundo caso parece que no es asequible en el contexto de la OMC, a no ser que se pudiera mantener que las decisiones son prescripciones y/o se estableciera una disposición marco para ampliar la base de este tipo de examen.

III.4.3 *Las interpretaciones en cuanto que constituyen un conjunto de leyes*

Las interpretaciones de los términos y disposiciones de las leyes nacionales son también realizadas por los tribunales nacionales y administrativos. Ello, junto con las disposiciones de las mismas leyes, permite llegar a una comprensión de los requisitos globales impuestos. En la medida en que una interpretación realizada por un tribunal pudiera dar lugar a una aplicación de la ley nacional que representara una infracción de una norma de la OMC, es probable en este caso que pudiera llegarse de esa manera a una decisión individual. Pero una vez más no es la decisión adoptada lo que constituye el centro de la reclamación planteada por otro Miembro de la OMC, sino más bien la situación de la ley nacional tal como se ha interpretado, y por lo tanto aclarado, acerca de si la ley está en conformidad con la OMC.

III.4.4 *Limitaciones del análisis de facto para las decisiones individuales*

Así pues, parece que en lo que respecta al Artículo III del GATT hay algunos límites que impiden efectivamente que un demandante asuma la carga de la prueba en ausencia de un defecto en la disposición misma que prevé la autorización, en los procedimientos relacionados con el examen para garantizar el debido proceso y corregir la arbitrariedad o abuso de discreción, o el conjunto de leyes de acuerdo con la interpretación de un tribunal. En lo que respecta al Marco PC, el riesgo de crear una base para los exámenes de casos individuales con independencia de las disposiciones que contengan la autorización no parecería ser particularmente más probable que en la situación actual, ya de por sí poco probable.

Hay una complejidad introducida en las disposiciones del Marco PC que impedía expresamente las decisiones de casos individuales como base para consulta, en cuanto a si esta limitación se aplicaría únicamente a las disposiciones contenidas en el Marco PC o invalidaría también todas las demás obligaciones en el marco del GATT/OMC. Como esta consideración afecta a la relación entre las disposiciones del marco y otros acuerdos anexos de la OMC, se examinará en una sección posterior.

Finalmente, el Artículo XVII del AGCS debería considerarse en el contexto de la impugnación de decisiones individuales. Aquí cabe argumentar que, dado que la obligación constituye un compromiso específico, los Miembros tienen un mayor deber afirmativo de garantizar que las decisiones individuales se efectúen de manera que no se otorgue trato menos favorable a los servicios y proveedores de servicios extranjeros. No obstante, se plantea una consideración semejante debido a que el trato nacional del AGCS se aplica a “todas las medidas en relación con la prestación de servicios”, y la determinación de un caso individual no puede ser una medida, salvo cuando se genera dentro del contexto de una ley o reglamento⁹².

La obligación de trato nacional hace referencia a “leyes, reglamentos o prescripciones”. Una definición válida de éstas es la de una disposición legislativa u otra medida gubernamental que tenga el mismo efecto. Si bien las decisiones de casos individuales adoptadas por autoridades administrativas y judiciales muchas veces son objeto de reclamación en el mecanismo de resolución de diferencias de la OMC, parece más bien que son los detalles de la disposición

⁹² En la medida en que se establezca que una medida es, como una prescripción, una promulgación legislativa.

misma los que constituyen el objeto de dichas diferencias, más que la forma en que una ley defectuosa haya podido ser tratada por una decisión administrativa particular.

III.5 Conclusión de esta Parte: Consideraciones para un Marco PC

En esta parte, relativa al trato nacional, se ha mantenido que el alcance de la obligación se aplica ya a las leyes nacionales de competencia existentes y que, dado el desarrollo de la jurisprudencia de la OMC, el principio tiene un alcance algo amplio para examinar cómo se aplican estas leyes. Si bien el argumento ha sido algo ambicioso, en cuanto que ha tratado de esbozar una teoría de la reclamación para hacer frente a las exclusiones de la política de competencia, parece razonable proponer que las normas de la OMC están ahora más cerca de considerar la posibilidad que de orientarse en la otra dirección. La reclamación teórica parece al menos posible, sobre todo en los casos en que sólo un bien o servicio nacional puede beneficiarse de una exclusión. Si se da el caso de que las partes se han basado en la teoría de la “exclusión” como medio de garantía de que no puede establecerse que una exclusión sea una prescripción o una medida, parece que los grupos especiales y el Órgano de Apelación han comenzado a hacer mella en este concepto con sus dictámenes en otros contextos. Una vez que se considera que una excepción es una disposición, parece que prácticamente nada puede impedir que el análisis *de facto* proceda a examinar los divergentes efectos resultantes para productos, mercancías, servicios y proveedores de servicios similares (y directamente competidores y sustituibles). El único obstáculo importante todavía existente es el relativo a la disponibilidad del mismo conjunto de oportunidades anticompetitivas que pudiera ser también utilizado por los participantes extranjeros. Con ello se hace referencia a la igualdad de oportunidades anticompetitivas que un Estado puede también conceder sin infringir el trato nacional.

No obstante, cuando la exclusión es aparente y los efectos son diversos, puede considerarse que la teoría de la exclusión representa una infracción. De la misma manera, en el concepto ampliado de producto similar, en que los productos similares (pero no idénticos) reciben trato reglamentario diferente bien mediante exclusiones o bien a través de una combinación de disposiciones reglamentarias y relativas a la competencia, puede sospecharse también la existencia de infracciones. Puede lo mismo dar que quitar. Favorece una infracción precisamente por el mayor alcance del producto, pero también permitiría trato diferente a los diferentes productos, ya que lo que se comparan son agrupaciones de productos similares. De todas formas, en las dos hipótesis antes mencionadas, si el Grupo Especial determina, y cuando determine, que un producto o un grupo no recibe igualdad de trato por razón del origen extranjero como consecuencia del diseño y estructura de la misma ley de competencia, podría encontrarse una infracción. Esto sería también el comienzo del fin para las exclusiones sectoriales proteccionistas en las leyes nacionales de competencia.

Esta línea argumental contribuye en cierto modo a explicar algunas posibles motivaciones para que incluso los territorios desarrollados busquen una excepción del Marco PC para cualquiera de las exclusiones declaradas, o todas ellas, junto con un análisis limitado *de jure*. No obstante, debería representar también para los Miembros un cambio en el debate, que se centraría más en la cuestión de cómo justificar objetivos estatales legítimos sin asumir, en primer lugar, un cambio de la carga de los objetivos legítimos para las partes demandadas que no pueden asumirla (véase el Artículo XX) y, en segundo lugar, una lista de objetivos legítimos que relacione la ley de competencia con el desarrollo (y otros objetivos) y refleje el consenso de la comunidad como válido. El segundo punto es un argumento directo en favor de un Marco PC aunque sea únicamente para ampliar la enumeración actual insuficiente contenida en el Artículo XX del GATT. Así pues, las partes deben determinar cuándo la protección de los productores nacionales está legítimamente vinculada con el proceso de desarrollo económico, modernización,

privatización, integración cultural, etc., ya que éstos aparecen en el contexto de la competencia así como en el de la política reguladora. En la medida en que un Marco PC sea verdaderamente horizontal, ello representaría una ampliación de la enumeración de las excepciones de los artículos tal como aparecen ahora en el GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC.

No obstante, lo primero que conviene señalar aquí es que los Miembros deben identificar una estructura marco que permita la identificación de los objetivos legítimos convenidos en presencia de una ley de competencia de manera que la protección pueda funcionar en la forma necesaria sin provocar una infracción ni el consiguiente cambio de la carga para que se pueda considerar como una excepción. Lo que ello requeriría es que la disposición sobre los objetivos del marco se presente desde el primer momento como un conjunto de exenciones, con indicación de que cuando una ley nacional cree una exclusión en función de una de esas exenciones, deberá seguir recayendo sobre el demandante la carga de indicar por qué el reconocimiento de la protección en este caso no contribuye al objetivo exento. Este planteamiento sitúa la dimensión del desarrollo, y otros objetivos legítimos, directamente en el entramado del marco.

Todo ello puede conseguirse bien eliminando el examen *de facto* sobre los efectos divergentes, pero en tal caso el diseño de la ley y política de competencia puede provocar un gran daño en función del origen cuando las partes gocen de una inmunidad expresa de *cualquier* impugnación. Aunque el autor podría hacer disquisiciones acerca de algunos aspectos de la prueba del efecto diverso aplicada en el caso *Japón – Películas fotográficas*, las medidas propiamente dichas apuntan a la necesidad de un análisis del trato nacional general ya que presentan la combinación habitual de objetivos legítimos declarados (modernización de la distribución, por ejemplo) con la posibilidad de que se conceda también la protección por derecho propio. Cuando un marco reconozca de entrada por exención que una ley de competencia puede tratar justificadamente de conservar el derecho de las empresas pequeñas y nacionales a continuar siendo participantes en su propio mercado (derecho de participación en el mercado), el análisis *de facto* es lo bastante complejo como para instrumentar este objetivo al mismo tiempo que se sancionan medidas destinadas únicamente a conseguir la protección. Por ello, en este caso, lo que se propone es, más que eliminar el análisis *de facto*, que los Miembros continúen tratando de identificar los parámetros efectivos dentro de los cuales debería llevarse a cabo esta forma de análisis a plazo más largo en las afinidades y tensiones naturales entre las políticas de competencia, regulación, inversión y desarrollo.

Una consideración adicional al considerar una forma especial de trato nacional para la política y ley de competencia es la relación resultante entre el trato nacional existente para las mercancías y servicios y una expresión PC del principio. No hay ninguna orientación clara en la OMC para considerar que las obligaciones contenidas en los Acuerdos anexos sean *lex specialis* en cuanto a las obligaciones de los artículos generales. En un caso reciente, el demandante pidió a un Grupo Especial que considerara una infracción de acuerdo con las obligaciones de trato nacional formuladas en el Acuerdo sobre los OTC y, en caso de que no hubiera infracción, que considerara luego la obligación contenida en el Artículo III. El Grupo Especial convino en que esta manera de proceder sería adecuada, y que si no se encontraba una infracción sobre el trato nacional en virtud de los términos del Acuerdo sobre los OTC, procedería a considerar el Artículo III⁹³. Por ello, sin una limitación expresa en cuanto al alcance del trato nacional en los Artículos III y XVII en las cuestiones relativas a la política de competencia, que debería establecerse en el texto PC, el hecho de que en un Marco PC se

⁹³ *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/R, párr. 7.8 y ss.

introdujera una obligación de trato nacional más limitada no excluiría necesariamente la aplicación de otros principios de trato nacional.

Ello debería considerarse no sólo cuando se limita el alcance para las consideraciones *de jure* sino también para la ampliación en cuanto aplicable a la nacionalidad de las empresas, y no sólo a las mercancías. Las leyes que repercuten en las empresas muchas veces influyen en las mercancías, pero esta medida propuesta elimina una vinculación que ahora se requiere en la legislación del GATT y que se debe demostrar. Ello puede simplificar algo el análisis que se realiza con respecto a una medida. No obstante, podría ocurrir también que esta disposición adicional relativa a las empresas se suponga que es acumulativa (y no sustitutiva) con respecto al trato nacional general del GATT, a no ser que haya un conflicto entre las distintas disposiciones. Esta cuestión se resuelve en definitiva al caracterizar la relación entre la disposición del trato nacional del Marco PC con la obligación establecida en los otros acuerdos anexos.

La interpretación de las disposiciones de la OMC está sujeta a los acuerdos aplicables de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ello favorece la interpretación armoniosa y eficaz a no ser que la disposición especializada esté formulada claramente de manera que excluya la aplicación de la otra, o que haya un conflicto insoluble entre ambas. En caso de que sea acumulativa, una limitación del Marco PC al análisis *de jure* se aplicaría únicamente a las leyes de competencia y a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad de las empresas. El análisis *de facto* analizado más arriba continuará aplicándose en la medida en que las disposiciones afectaran a la venta de mercancías o servicios. Un requisito o medida podría analizarse de ambas maneras. Puede resultar que no sea una infracción *de jure* con respecto al trato de las empresas, pero al mismo tiempo infrinja el trato nacional *de facto* del GATT (o el AGCS) en el trato de las mercancías o servicios. La aplicación en concepto de *lex specialis* de la disposición del Marco PC únicamente a todos los exámenes de políticas parecería exigir una declaración expresa en ese sentido.

En lo que respecta a las decisiones sobre casos individuales, el análisis revela aquí que no hay gran valor añadido en las limitaciones propuestas en un Marco PC de excluir claramente las decisiones de la posibilidad de ser objeto de reclamaciones en el contexto del GATT. Al parecer, la legislación del GATT no vincula estas reclamaciones con la legislación, reglamentación o prescripción vigente. Es difícil ver cómo en muchos casos un demandante puede incoar una acción contra una disposición sin hacer referencia a la forma en que se ha tramitado en el curso de un procedimiento individual. Dado que las interpretaciones de los tribunales pueden comprender también el cuerpo de la legislación nacional que se debe considerar, la excepción propuesta en el contexto del Marco PC parecería abrir un gran número de sutiles dificultades al determinar qué se puede y qué no se puede examinar en la práctica.

Finalmente, hay que reconocer también qué es lo que el trato nacional no puede hacer, tema que se considera en la parte siguiente. Como se deduce de la analogía del “terreno de juego” antes mencionada, las acciones privadas no se atribuyen en principio al Estado. Los agentes pueden combinar y discriminar libremente lo que deseen, quizá infringiendo la ley nacional, pero no las normas del GATT. Pueden, por ejemplo, establecer una prohibición completa a la participación extranjera y, siempre que no haya una “prescripción” establecida por el Estado, ello tampoco representa una infracción de las normas del GATT. Igualmente, aun cuando acepte una prescripción (un incentivo, un programa de cooperación, etc.) siempre que la posibilidad de participación extranjera forme parte de la trama, o se determine que la participación nacional y extranjera se incluye en la parte final de la misma, no se puede decir que haya infracción del trato nacional. Como se examina más adelante, dado que el trato nacional no puede relacionarse tampoco con las exportaciones, la única actividad real de dimensión internacional (cártel) que se

puede considerar eficazmente es el cártel de importación o, más posiblemente, el monopolio de importación.

Por ello, se observa que la mención de los principios fundamentales que forman el centro del marco de la política de competencia no nos lleva demasiado lejos, y en la medida en que el trato nacional en cuanto principio se recorta en el proceso puede llevarnos incluso menos lejos de lo dispuesto por lo demás en las normas de la OMC.

Un problema fundamental es que éste no es el principio más indicado como base para un marco que de alguna manera tenga como objetivo la eliminación de los acuerdos y prácticas privados que influyan en la capacidad de los Estados de importar y exportar. El trato nacional respalda ciertas consideraciones de “cultura de política de competencia”, pero lo que no hace es abordar las prácticas anticompetitivas que están directamente relacionadas con el comercio, a no ser que se incluyan en la dinámica “Nosotros contra Ellos”. Como han observado la OCDE y la Comisión Europea, muchos de los problemas de competencia de dimensión internacional no se incluyen claramente en estas categorías de nacional/extranjero. Esa es una de las justificaciones presentadas para un Marco PC, a saber, que la globalización misma ha incrementado el impuesto en favor de algunos cárteles internacionales. En tal caso, el Marco PC debería tratar de hecho de abordar este problema directamente. Para ello, el debate debería considerar el Artículo XI del GATT, en que se hace hincapié en prohibir todas y cada una de las medidas que influyen en la importación y exportación, aparte de los derechos de aduana, para determinar qué papel podría desempeñar en el contexto de un marco.

IV. PROHIBICIÓN, COOPERACIÓN Y NACIONALIDAD

IV.1 Introducción: Necesidad de la prohibición

La introducción del Artículo XI del GATT en el borrador de Ginebra de 1947 representó un hito trascendental en la diplomacia económica internacional. Más que diseñar los acuerdos comerciales para abordar los complejos problemas de asignar las relaciones restrictivas cuantitativas entre los Estados, los redactores del proyecto trataron de eliminarlas por completo. Aunque se dice que los principios de la no discriminación se encuentran en el núcleo mismo del sistema del GATT, la adición más revolucionaria introducida en los acuerdos finales fue esta prohibición de todas “las medidas aparte de los derechos de aduana”. Con el paso de los años, gran parte de la diplomacia del GATT en el campo de la política comercial ha estado relacionada con la aplicación (o no aplicación) gradual del Artículo XI, desde los debates sobre las limitaciones voluntarias de la exportación, las excepciones sectoriales en la agricultura y los textiles, etc. No obstante, como han observado también los grupos especiales de la OMC, la aplicación gradual ha dado resultados en el Acuerdo de Uruguay con renovada insistencia en las iniciativas individuales para eliminar el uso de las restricciones cuantitativas tanto de las importaciones como de las exportaciones⁹⁴.

De esta breve historia cabe extraer la enseñanza de que si hay alguna credencial en favor de la teoría de que los cárteles internacionales han aumentado en respuesta a la globalización, uno de los mecanismos de acción propuestos ha de ser el desmantelamiento gradual de los contingentes y otras medidas protectivas no arancelarias, ya que la respuesta del sector privado para reorganizar los mercados de acuerdo con esas mismas líneas sería recurrir a los acuerdos de cártel con el fin de imponer restricciones a la producción y a la importación. Mientras que las normas de la OMC continúen perfeccionando su capacidad de abordar las medidas estatales distintas de los derechos aduaneros en relación con las exportaciones o importaciones, el conjunto de medidas privadas que cumplen objetivos idénticos de restricción del comercio funcionarán con inmunidad respecto a las normas de la OMC, con sus limitaciones referentes a la acción y la atribución estatal.

Este es el argumento esencial en favor de una prohibición en un marco sobre política de competencia. No es que la globalización exija en general mercados más competitivos para el comercio y la inversión. Los Estados continúan siendo los agentes capaces de decidir en qué medida quieren contar con los mercados, y pueden no obstante decidir si la globalización es para ellos y, en caso afirmativo, con qué ritmo. Más bien, sin ampliar la responsabilidad para prohibir los acuerdos privados de restricción, todo lo hecho hasta ahora para garantizar el potencial de participación en el comercio simplemente se anulará cuando las empresas reproduzcan las restricciones públicas prohibidas.

Si bien este terreno continúa siendo inmune a las normas de la OMC, es también en gran parte inmune a las leyes nacionales. Como se ha indicado en la introducción, dado que éstas se basan en una teoría de la territorialidad, sólo los efectos de una práctica externa pueden abordarse en el plano nacional, aun cuando los agentes primarios quizá residan y concluyan sus acuerdos en Estados que disponen de las capacidades más avanzadas para abordar los problemas antimonopolio. Así, hemos observado cómo los mecanismos de cooperación pueden ser una

⁹⁴ Por ejemplo, el rechazo por parte del Grupo Especial del principio de que “el hecho crea derecho” para mantener las restricciones cuantitativas, *Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/R, párr. 9.173.

respuesta parcial al establecimiento de un equilibrio a lo que razonablemente podría aplicarse en forma coercitiva en el marco de una jurisdicción extranjera.

No obstante, si bien la función de la actividad del Grupo de Trabajo continúa siendo en parte analítica, existe también un foro para examinar teorías jurisdiccionales alternativas con el fin de abordar el tema de las actividades de cárteles internacionales. En él se establecería el punto de equilibrio entre los recursos que están obligados a abordar estructuras que influyen en la importación y los que consideran las prácticas relativas a la exportación.

Si bien un Marco PC puede representar un compromiso sincero por abordar la dimensión internacional de las prácticas anticompetitivas, la limitación declarada de respetar los conceptos “tradicionales” de la jurisdicción nacional sobre la competencia pone de manifiesto desde el primer momento que no se puede suponer que vaya a aceptarse ninguna responsabilidad de examinar y corregir la conducta de ninguna empresa sobre la base de su nacionalidad o residencia. Así pues, si bien se reconoce que el problema de los cárteles internacionales es serio, todavía no se ha reconocido que es lo bastante serio como para considerar una responsabilidad jurisdiccional adicional.

En las primeras secciones de esta Parte se consideran los aspectos jurisdiccionales de las normas nacionales y los regímenes complementarios del GATT. Se establece que el trato nacional no puede considerar los efectos comerciales externos de las prescripciones internas. La cooperación recibe atención adicional mediante un análisis semejante para indicar que la condición de nación más favorecida tampoco se aplica a los acuerdos de cooperación bilateral. En este contexto, la materia del procedimiento sometido a consideración tampoco influye en la venta *interna* de mercancías o servicios en el territorio de la parte solicitada. Así pues, el poder de que disponen los Miembros excluidos para imponer un instrumento fuerte de cooperación sobre la base de una reclamación NMF no es muy fuerte.

Cuando un instrumento negociado de cooperación emparejado con una prohibición de cárteles basada en la observancia de la ley nacional parece indicar cierto equilibrio entre nacionalidad y territorio, si el instrumento de cooperación no puede ir más allá de los gestos voluntarios, debería intentar conseguirse cierto peso adicional para lograr el equilibrio. Ello sustituiría el planteamiento propuesto por la CE en su totalidad, o lo ampliaría mediante un suplemento “obligatorio” que introduciría consultas entre los distintos Estados sobre las cuestiones relacionadas con la prohibición.

Una disposición que trate las prácticas comerciales restrictivas con una dimensión internacional debería ser la disposición primaria de un acuerdo o Marco PC. Un argumento para considerar dichas prácticas puede estar relacionado con el propio progreso de la OMC en el intento de abordar medidas semejantes adoptadas por los gobiernos. Si bien la capacidad de considerar los distintos obstáculos gubernamentales no arancelarios ha evolucionado dentro de la OMC, estas prácticas pueden ser adoptadas por los agentes privados sin recurso en el marco de la legislación económica internacional. Si bien un Marco PC o disposición del GATT puede limitarse inicialmente a las prácticas “intrínsecamente nocivas” en forma de cárteles, su forma final debería ser capaz de tener en cuenta las consideraciones relativas tanto a la exportación como a la importación.

IV.2 Límites a la jurisdicción territorial

IV.2.1 *Leyes de competencia de base territorial*

Las leyes comerciales regulan las condiciones para la importación y exportación y las normas de competencia controlan las condiciones del mercado interno. Como ocurre en la mayor parte de las leyes internas, las leyes relativas al comercio y la competencia aplican una teoría territorial (común) para afirmar la jurisdicción estatal, siendo éste el ámbito geográfico sobre el que el Estado soberano ejerce su autoridad, con exclusión de los demás Estados⁹⁵. Esta insistencia en el territorio en el contexto de las leyes de competencia tiene varias repercusiones, entre las cuales no hay que olvidar una preocupación histórica de muchos Estados por la aplicación extraterritorial de las leyes de competencia de otros Estados⁹⁶. Independientemente de que estos actos sean verdaderamente “extraterritoriales” o no, lo que ha constituido la principal preocupación tradicionalmente es el alcance del Estado que inicia la acción con respecto a las empresas extranjeras cuando los acuerdos de estos agentes extranjeros están generando efectos anticompetitivos en dicho Estado.

Con ello se reconoce la tensión existente entre afirmaciones territoriales de la jurisdicción (“agentes y actos externos influyen en mi territorio”) y la jurisdicción de la nacionalidad (“pero estas son empresas *nuestras*, lo que significa que ustedes no pueden procesarlas en su territorio”). Si bien este alcance de las leyes nacionales a los agentes externos no es tan tradicional, y ha sido objeto de controversia, conviene señalar que el concepto de territorio está estrechamente vinculado con las leyes de competencia, hasta el punto de que se ha invocado en conflicto con la jurisdicción de la nacionalidad percibida de otros Estados. Además, la extraterritorialidad es un ejemplo hasta cierto punto obvio de cómo las leyes antimonopolio se aplican prestando atención primaria a la calidad de la competencia sobre el mercado interno, y no necesariamente con respecto a la nacionalidad de los agentes implicados.

IV.2.2 *Compatibilidad de las leyes nacionales con el trato nacional*

Una ramificación incidentalmente positiva de la jurisdicción basada en el territorio para las leyes de competencia es que no suelen establecer distinciones aparentes basadas en la nacionalidad de los agentes⁹⁷. Resulta luego bastante fácil determinar, como han hecho ya muchos Miembros, que las leyes de competencia y las normas de la OMC son intrínsecamente

⁹⁵ “Jurisdicción” se entiende aquí como competencia jurídica general de los Estados, judicial, legislativa y administrativa. Véase, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^a ed., 1990, págs. 298-321. Este aspecto territorial común ha sido el punto de intersección para las políticas de comercio y de competencia, en general, y para las leyes de comercio y competencia, en particular. Como ejemplo cabe citar la Ley Sherman, 15 U.S.C. § 1 (*Los monopolios, etc., que restringen el comercio son ilegales; sanción*): “Todo contrato, combinación en forma de monopolio o con otra modalidad, o conspiración que obstaculice el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal...”

⁹⁶ § 8 Sherman Act, 15 U.S.C. § 7, “La palabra ‘persona’ o ‘personas’, siempre que se utilicen en las secciones 1 a 7 de este título, incluye las corporaciones y asociaciones que existen en virtud de las leyes de los Estados Unidos, de cualquiera de los Territorios, de cualquier estado, o de cualquier país extranjero”. Véase “*Statement of Principles According to Which, in the View of the United Kingdom Government, Jurisdiction May be Exercised over Foreign Corporations in Anti-trust Matters*, 1) La jurisdicción personal debería suponerse únicamente si la compañía extranjera ‘mantiene negocios’ o ‘reside’ dentro de la jurisdicción territorial. Reimpreso en Brownlie, *ibid.*, 313.

⁹⁷ “Aparente” tal como aparece en la expresión de la misma disposición jurídica. Como cualquier otra ley nacional, las consideraciones de la OMC pueden aplicarse cuando la observancia de las leyes influye en el comercio de forma discriminatoria o impone, como en el caso de los requisitos técnicos, algún obstáculo innecesario al comercio.

compatibles. Así ocurre al menos en lo que respecta a la no discriminación, y el Artículo III es un ejemplo claro en que es posible presumir de entrada la compatibilidad con los sistemas reguladores que no basan un derecho de actuación del Estado solicitante en las posibles distinciones relativas al territorio de origen. Como se ha aplicado de manera sistemática, las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de la legislación basada en el territorio se llevarían también a cabo sin tener en cuenta ninguna diferencia entre las fuentes extranjeras y nacionales al considerar los efectos nacionales de un cártel u otra práctica comercial restrictiva.

IV.2.3 Incapacidad del territorio para abordar los efectos externos

Esta compatibilidad entre la legislación sobre el trato nacional y la ley de competencia interna territorial comprende también otra esfera, a saber, la falta de competencia legal en ambos casos con respecto a los posibles efectos *externos* de las leyes y reglamentos nacionales. En cuanto a las leyes de competencia, la otra cara de la orientación al territorio es la ausencia de preocupación por los efectos de las prácticas de los agentes nacionales en otros territorios y/o la forma en que estas prácticas pueden repercutir en los intereses de otros territorios⁹⁸. Sea mediante una exclusión contenida o una definición aplicada del mercado, una ley de competencia nacional tiene limitaciones en este sentido, debido a la base jurídica prescrita para la ley.

El Artículo III del GATT se limita también a la consideración de los efectos territoriales nacionales, ya que las leyes cuya conformidad pueden ser objeto de examen son las que influyen en la venta de mercancías en el mercado *interior*⁹⁹. Esta limitación obliga a concluir que si bien las leyes de competencia interna no contemplan los efectos externos de las prácticas nacionales, tampoco el trato nacional representa ninguna prescripción de que deban hacerlo¹⁰⁰. Ello significa que una ley nacional de competencia que (expresa o implícitamente) excluya los recursos para las prácticas realizadas por nacionales en el territorio de otro Miembro no puede ser impugnada en virtud de una teoría basada en el trato nacional del GATT¹⁰¹. El trato nacional compara el trato interno entre las mercancías nacionales o importadas. No compara el trato de las leyes internas entre diferentes territorios.

IV.2.4 Normas del GATT que prohíben ciertos efectos externos

Otras normas del GATT presentan en cambio prescripciones sobre los efectos externos, punto que no se ha considerado claramente en los debates sobre los principios fundamentales. En

⁹⁸ Por ejemplo, § 7 Ley Sherman, 15 U.S.C. § 6a (Ley de mejoras de las medidas antimonopolio en el comercio extranjero, de 1982), “Las secciones 1 a 7 de este título no se aplican a conductas que afecten al comercio (salvo el comercio de importación) con naciones extranjeras a no ser que 1) dicha conducta tenga un efecto directo, sustancial y racionalmente previsible A) sobre el comercio que no es comercio de exportación con naciones extranjeras, o sobre el comercio de importación con naciones extranjeras, o B) sobre el comercio de exportación con naciones extranjeras, de una persona dedicada al comercio en los EE.UU., y 2) dicho efecto dé lugar a una reclamación en conformidad con las disposiciones de las secciones 1 a 7 de este título, con salvedad de esta sección ...”

⁹⁹ Párrafo 4 del Artículo III del GATT: “... un trato menos favorable... en lo concerniente a cualquier ley ...que afecte a la venta ...**en el mercado interior**”. En el contexto de la OMC el territorio actuante se define por referencia a los territorios aduaneros (GATT, párrafo 1 del Artículo XXIV:1) o, como en el caso del AGCS, el uso del término “territorio” tal como se encuentra en cada una de las cuatro modalidades de suministro definidas en el Artículo I del AGCS.

¹⁰⁰ Con excepción de la posibilidad de que una prescripción nacional referente a las ventas externas pudiera tener algunos efectos derivados en las ventas internas de mercancías.

¹⁰¹ Esta conclusión sería la misma en el caso del AGCS, ya que las medidas que afectan al suministro de servicios se dirigen también al territorio nacional.

particular, en los Artículos I y XI del GATT se dispone, respectivamente, que los Miembros no impondrán derechos de exportación discriminatorios ni restricciones a sus exportaciones, aparte de los derechos de aduana. En el grado en que una medida interna tenga el efecto de imponer una restricción a las exportaciones, dicha medida o restricción se incluye también en la prohibición del Artículo XI¹⁰². Aun cuando esta restricción pueda considerarse una excepción al Artículo XI, no sería legal la aplicación discriminatoria de derechos entre otros territorios de la OMC. Ello representaría por su parte una infracción del Artículo XIII del GATT. En resumen, el GATT prohíbe las medidas y restricciones a la exportación, salvo los derechos de aduanas, y además prohíbe la aplicación discriminatoria de derechos de exportación o de cualquier restricción exceptuada.

Así pues, aun cuando la ley nacional de competencia y el trato nacional no planteen la cuestión de los efectos externos, no podría concluirse que las normas del GATT sean igualmente inoperables. No todas las obligaciones del GATT se limitan a los efectos internos de las leyes nacionales. En la medida limitada en que los actos privados pueden atribuirse al Estado, como se examina más arriba en la Parte II¹⁰³, estos artículos pertinentes del GATT tienen también la clara posibilidad de imponer restricciones legales a los efectos externos de las prácticas nacionales.

En el debate sobre una prohibición se ha considerado fundamentalmente el contexto de la observancia de la ley nacional de competencia. La posibilidad de las leyes nacionales en lo que respecta a los cárteles internacionales es limitada. Dichas leyes tienen como objetivo contemplar los efectos de las prácticas en el territorio nacional. Es también posible una orientación hacia el derecho mercantil. Las normas del GATT imponen ya a los Miembros la obligación de abstenerse de aplicar restricciones de producción o trato discriminatorio a las exportaciones en detrimento del comercio de importación de otros Miembros. Éste puede ser un contexto más adecuado para examinar el trato de los cárteles internacionales.

IV.3 Cooperación y consideraciones relativas al trato NMF

IV.3.1 Aplicación del trato NMF a las leyes y medidas internas

Mientras que el trato nacional compara los elementos nacionales con los extranjeros, el trato NMF compara elementos extranjeros con otros que también lo son. Las obligaciones NMF del GATT y el AGCS se declaran en términos generales. En el caso del GATT, en el Artículo I se dispone que cualquier favor o ventaja concedido a un producto “originario de otro país o destinado a él” (sea o no Miembro de la OMC) será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes

¹⁰² La caracterización formal de una medida o restricción no tiene efectos de control, e influye más bien en las exportaciones. Véanse las comunicaciones de terceros al Grupo Especial encargado del asunto *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R, párr. 5.3, en que se cita al Grupo de Trabajo de 1950. Se cita también *Japón – Semiconductores*, *ibid.*, párr. 5.5, “El artículo XI.1, a diferencia de otras disposiciones del Acuerdo General, no hacía referencia a leyes o reglamentaciones sino, en términos más amplios, a medidas. De esa terminología se desprendía claramente que todas las medidas impuestas o mantenidas por una parte contratante que restringieran la exportación o la venta para la exportación de un producto quedaban regidas, independientemente de su condición jurídica, por esa disposición.” El Grupo Especial encargado del asunto *Argentina – Pieles de bovino* podría haber tratado este aspecto, una aplicación “*de facto*” del Artículo XI. Véase el párr. 11.17: “A nuestro juicio, no puede haber la menor duda de que las disciplinas del párrafo 1 del Artículo XI se aplican también a las restricciones *de facto*”. Véase asimismo el trato dado a la posición de los Estados Unidos en relación con los Artículos III y XII en *Estados Unidos – Restricciones a las importaciones de atún*, DS 21/R (no adoptado), 16 de agosto de 1991, 39 BISD 155.

¹⁰³ Por ejemplo, el Artículo XVII del GATT o el Artículo VIII del AGCS, examinados en la Parte I.

del GATT. Como el Artículo no se aplica únicamente a los derechos de aduanas, sino también “con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III”, la obligación de un Miembro de conceder trato NMF se aplica también a sus leyes, reglamentos y prescripciones internos cuando éstos conceden una ventaja a cualquier producto.

En el caso del AGCS, en su Artículo II se establece, con respecto a toda medida contemplada en el Acuerdo, una obligación paralela para los servicios y proveedores de servicios similares de cualquier otro país. Como las medidas del AGCS incluyen cualquier medida “en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma” (Artículo XXVIII del AGCS), el alcance comparable para abordar las ventajas ofrecidas a otros Miembros por los reglamentos internos es también una característica de la obligación en el marco del AGCS. Como entre el trato NMF del AGCS y el trato nacional del AGCS, cabe hacer la distinción de que mientras el trato nacional está específicamente comprometido, el trato NMF, como en el GATT, es una obligación general¹⁰⁴. Como se observa también más arriba, ambas obligaciones de trato NMF se aplican a los conceptos de “origen” en lo que respecta al territorio de origen de las mercancías, o a los servicios o proveedores de servicios de “cualquier país”.

Como el trato NMF establece una comparación entre fuentes extranjeras incluso en relación con las leyes y reglamentos internos, la consideración primaria en el contexto de la política de competencia hace referencia a los acuerdos entre territorios donde se reconoce ese trato en beneficio de un Miembro que probablemente no se otorgará “inmediata e incondicionalmente” a todos los demás Miembros de la OMC. El punto común de referencia para este tipo de actividad es el reconocimiento. Aunque una reglamentación nacional puede continuar aplicándose a las mercancías nacionales o proveedores de mercancías nacionales, en la medida en que no se aplique ya para evaluar la calificación de las mercancías o servicios importados estaría sujeta al trato NMF¹⁰⁵.

IV.3.2 ¿Se aplica la condición de NMF a los acuerdos de cooperación?

Hay paralelos entre los acuerdos sobre política de competencia que contienen disposiciones de cortesía y los acuerdos de reconocimiento mutuo para las cuestiones relativas al trato NMF. Un acuerdo de reconocimiento permite hacer caso omiso de una prescripción o procedimiento reglamentario en favor de la prescripción o procedimiento de otro territorio. Mientras que un acuerdo de cooperación en materia de competencia puede no incluir la exención de la aplicación de una prescripción nacional, contiene la promesa de emprender una investigación y adoptar posibles medidas correctivas en beneficio de un territorio que lo solicite, ya que su mercado puede verse afectado por agentes situados dentro del territorio solicitado. Inicialmente, parecería que con ello se cumple el requisito del párrafo 4 del Artículo III: “que afecte a la venta de los productos”. No obstante, como en el caso del trato nacional generalmente se limita a las medidas que afectan a la “venta de productos en el mercado interior”, la aplicación del trato NMF a los acuerdos de cooperación bilateral mantiene esa misma limitación. Además, si bien se ofrece una ventaja o se concede un favor, no existe una relación con las materias contempladas en el párrafo 4 del Artículo III. La materia que se ve afectada por la promesa de investigar no está relacionada con la venta “en el mercado interior” de las mercancías de la parte que adopta la promesa de cooperar. Por eso, a diferencia de lo que ocurre en el caso del reconocimiento mutuo,

¹⁰⁴ Excepto cuando las partes han enumerado las exenciones iniciales, o cuando otras disposiciones del AGCS pueden aplicar excepciones.

¹⁰⁵ El trato nacional no se aplica porque el trato no es menos favorable que en el caso de las mercancías nacionales. Más bien, la comparación se hace entre dos fuentes extranjeras importadas. Se trata del principio NMF. En el caso del Artículo VII del AGCS, los Miembros que tratan de concertar un acuerdo de reconocimiento bilateral deben notificar al Consejo AGCS y permitir la participación de otros Miembros que reúnen los requisitos básicos.

parece que no hay ninguna aplicación del Artículo I del GATT ni del Artículo II del AGCS en lo que respecta a los acuerdos bilaterales de cooperación en materia de competencia.

Esta cuestión debería influir en las posturas negociadoras de las partes acerca de la cooperación. Si en el fondo existe un principio NMF en juego, quienes no reciben un trato de favor tienen argumentos más sólidos para negociar un Marco PC que si lo reconociera, ya que teóricamente pueden conseguirlo en cualquier caso mediante el proceso de solución de diferencias. Si no se aplica el principio NMF, su posición es más débil en la medida en que, suponiendo que desearan que hubiera cooperación, sólo podrían recibirla a través de un marco negociado. Por ello, se presupone un intercambio obvio en virtud del cual se conseguiría una prescripción de contar con leyes nacionales de competencia que funcionen de acuerdo con determinados criterios a cambio de los beneficios de un procedimiento significativo de cooperación multilateral.

Si es el procedimiento de cooperación lo que se persigue como medio de equilibrar la obligación de observancia, entonces habría algunas dificultades en lo que respecta a las perspectivas. La primera es que el procedimiento quizá no sea vinculante, sino más bien de cooperación, es decir, voluntario. Aun cuando fuera obligatorio, mientras que el régimen de aplicación se basara en las reclamaciones de las partes privadas, el procedimiento de cooperación dependerá de las solicitudes y actuaciones de los Estados. En el caso de las autoridades estatales solicitantes, ello significa suministrar los recursos necesarios para hacer las solicitudes e iniciar los procesamientos. No obstante, estos mismos recursos estarán realizando respuestas de investigaciones obligatorias para las reclamaciones privadas iniciadas de conformidad con la legislación nacional.

En el fondo, si bien toda actividad se inicia como si estuviera basada en el territorio de los efectos, es difícil encontrar un equilibrio que parezca tener en cuenta las preocupaciones referentes a las importaciones y exportaciones en forma equitativa. Ello podría superarse con una obligación más firme de Estado a Estado de ocuparse de los problemas de exportación, en primer lugar. Sea mediante un fortalecimiento de la obligación de investigación y/o procesamiento del Estado solicitado, o mediante una ampliación del concepto de “medidas y restricciones” contenidas en el Artículo XI del GATT, el efecto es el mismo. Se trata de avanzar hacia la nacionalidad como base de la jurisdicción para los efectos externos de las prácticas internas.

El trato nacional hace referencia al trato interno y no compara los mercados ni el trato reglamentario interno reservado a los territorios externos con los nacionales. Los procedimientos de cooperación pueden ayudar a instrumentar una prohibición. No obstante, cuando son plenamente voluntarios la carga recae sobre el territorio que se ve afectado por las prácticas externas. Cuando se pide a los Miembros que tengan leyes funcionales de competencia, parecería que el resultado sería una discrepancia en las capacidades de aplicación coercitiva y los recursos disponibles.

IV.4 La nacionalidad, como base de la jurisdicción

Ello obliga a incluir la jurisdicción basada en la nacionalidad como consideración consciente en toda prohibición de un Marco PC que pueda proponerse para tratar de resolver el problema de los cárteles intrínsecamente nocivos¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Según la *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre medidas eficaces contra los cárteles intrínsecamente nocivos*, C/M(98)7(PROV), 04/98, París, se entiende por “cártel intrínsecamente nocivo” un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o un acuerdo anticompetitivo, “...establecido por competidores para fijar los precios, manipular las licitaciones (licitaciones colusorias), establecer limitaciones o contingentes de producción o repartirse los mercados asignando clientes, proveedores, territorios o ramos

Sin negar el valor de los procedimientos evolutivos de cooperación o la conveniencia de ampliarlos al servicio de todos los demás Miembros, desde el punto de vista de la jurisdicción parece que el camino más directo para hacer frente a las prácticas intrínsecamente nocivas es que los Miembros asuman la obligación de establecer la jurisdicción basada en la nacionalidad que aplicarían en su trato cuando sean puestas en vigor por sus empresas y/o en su territorio. Aunque las leyes de competencia no funcionan de esta manera, parecería que una base adicional de acción sería totalmente acumulativa, y no anularía de ninguna manera la jurisdicción ya existente basada en el territorio. Es más, la introducción de la jurisdicción basada en la nacionalidad no sólo no representará probablemente una injerencia en el funcionamiento habitual de las leyes nacionales de competencia, sino que es también posible que permita calificar toda la temática relacionada con los efectos externos como si se tratara de una cuestión relacionada con la reglamentación del comercio más que con la ley de competencia.

Como los organismos encargados de la competencia no reclaman ahora ninguna jurisdicción sobre los efectos externos de las prácticas internas, es difícil comprender cómo dichos organismos podrían verse acosados si se estableciera algún otro mecanismo de política comercial interna a quien se confiara ese mandato. Ello permitirá cierto nivel de acción de respuesta dentro de la jurisdicción en el caso de que los agentes sean ciudadanos y/o se hayan constituido en empresa, en lo que respecta a las prácticas prescritas tal como aparecen en la prohibición, y siempre que estas prácticas tengan efectos en el comercio de otros Miembros.

IV.4.1 *El Convenio de la OCDE y la Ley de los Estados Unidos sobre prácticas corruptas extranjeras*

Otras convenciones multilaterales han adoptado el concepto de nacionalidad además del enfoque territorial, y los signatarios de las mismas han podido incorporar debidamente la base alternativa en sus leyes nacionales con el fin de hacer entrar en vigor los términos de la Convención. La Ley de los Estados Unidos sobre prácticas corruptas extranjeras es un buen ejemplo de ley basada en la nacionalidad. La enmienda de 1998 a dicha ley declara que, según la legislación nacional de los Estados Unidos, el soborno cometido en otros países es ilegal. Ello se aplica a todo ciudadano, nacional o residente de los Estados Unidos o a toda compañía o entidad comercial que realice sus actividades dentro de los Estados Unidos o esté organizada de conformidad con las leyes de un estado de los Estados Unidos o un territorio¹⁰⁷. La base de dicha jurisdicción nacional se presenta expresamente en la Convención aplicable de la OCDE, en la que se dispone lo siguiente:

“[C]ada Parte que tenga jurisdicción para perseguir a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero, tomará las medidas que sean necesarias para afirmar su jurisdicción para proceder de ese modo con respecto a la corrupción de un agente público extranjero ...”¹⁰⁸.

Como se observa en este ejemplo, no todas las leyes que tratan de influir en el comportamiento de los agentes privados están basadas exclusivamente en el territorio. Un planteamiento comparable en el contexto de la ley de competencia exigiría una respuesta nacional a determinados tipos de acuerdos y prácticas *per se* de empresas y ciudadanos nacionales,

comerciales”, con sujeción a consideraciones de eficiencia y de otro tipo. Véase también la Comunicación de la CE y sus Estados miembros, WT/W/152, 25/09/00.

¹⁰⁷ La legislación que contiene la enmienda es la *Ley de 1998 en contra del Soborno Internacional y de Competencia Leal*, (Estados Unidos) P.L. 105-3566, 112 Stat. 3202 (1998).

¹⁰⁸ *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, 37 I.L.M. 1997, 10. La jurisdicción basada en el territorio se especifica también en el Convenio. 37 I.L.M. 5, Art. 4.

siempre que se concertaran y siempre que fueran eficaces. Este planteamiento no parecería estar en conflicto con los principios de trato nacional del GATT ni del AGCS, ya que no se concedería trato menos favorable mediante dicha ley nacional ni a las mercancías ni a los servicios importados en función del origen.

IV.4.2 *La nacionalidad, influenciada por las diferencias de trato nacional en la política de competencia*

Finalmente, conviene considerar las disposiciones basadas en la nacionalidad desde el punto de vista de las variaciones propuestas en el trato nacional, tal como se consideran en un marco de política de competencia. Un cambio propuesto consiste en adoptar una disposición sobre trato nacional que se aplique no en función del territorio de origen de las mercancías o servicios, sino más bien con respecto a la nacionalidad de los agentes o empresas. Así pues, representaría una infracción del trato nacional ofrecer trato menos favorable en el contexto de una ley de competencia a las empresas u otros agentes económicos en función de su nacionalidad¹⁰⁹. Si bien ello puede plantear varios interrogantes, no parece que esté en conflicto con las prohibiciones internas basadas en la nacionalidad. O bien la ley nacional pertinente se limitaría a prescribir la conducta de los “nacionales”, de acuerdo con la definición establecida, por ejemplo, en la legislación de los Estados Unidos contra el soborno a que se ha hecho antes referencia, o bien podría también tratar de aplicarse a las empresas extranjeras “con actividades” en el mercado. Ni una ni otra variación representaría la condición de trato menos favorable a las empresas en función de su origen extranjero.

Una jurisdicción basada en la “nacionalidad” ofrece a los Miembros la posibilidad de abordar la conducta de sus empresas residentes cuando actúan en el extranjero. Como ejemplos de este tipo de jurisdicción cabe mencionar la Convención de la OCDE de lucha contra la corrupción y la Ley de los Estados Unidos de 1998 sobre prácticas corruptas extranjeras.

IV.5 **Conclusión de esta Parte: El Artículo XI del GATT como principio básico**

Si bien todos los objetivos antes mencionados pueden conseguirse mediante una convención, acuerdo o marco, pueden lograrse también a través de una disposición del GATT o un acuerdo formulado con respecto a la aplicación de la actual disposición del Artículo XI del GATT. Para analizar la forma en que este Artículo se aplica como instrumento para conseguir los objetivos de una prohibición en el marco de la política de competencia, habría que determinar su alcance actual y compararlo con lo que las partes podrían considerar que forma el contenido de una prohibición. En el párrafo 1 del citado Artículo se dispone lo siguiente:

“[N]inguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante”.

¹⁰⁹ En lo que respecta al Acuerdo sobre los ADPIC, la disposición sobre trato nacional se centra también en la nacionalidad de la empresa. Si bien ello cambia las materias que deben compararse (trato en cuanto a la nacionalidad de las empresas, no en cuanto al origen de las mercancías o servicios), esta adaptación no parece afectar al carácter territorial de la obligación, ya que continúa estando orientada al mercado interno. Cabe deducir que las normas que exceptúan el comportamiento o las ventas en el exterior podrían ser impugnables por razón de este diferente trato nacional si no llegan a eximir igualmente a cualquier no nacional en relación con sus ventas en el exterior.

El alcance de este Artículo se limita a las mercancías¹¹⁰. Ello significa de entrada que esta prohibición concreta no es horizontal, en lo que respecta a la aplicación de otros acuerdos anexos de la OMC. De manera semejante, el ámbito del Artículo es el comercio, en el contexto de la importación y exportación. La limitación clave en cuanto a las prácticas privadas se encuentra en el término “prohibiciones ni restricciones”, ya que el significado dado a estos términos establece la base para determinar qué acciones (o abstenciones) de los gobiernos pueden someterse a la autoridad de este artículo.

La legislación vigente sobre las medidas privadas atribuibles a las partes del GATT se ha considerado antes en la conclusión de la Parte II. No es probable que las normas de la OMC puedan, mediante informes de los grupos especiales, ampliar la atribución más de lo que se ha conseguido ya en el caso *Japón – Películas fotográficas*. En él, la cooperación entre el Estado y sus empresas dejó de ser una variación sobre lo que era fundamentalmente una prueba “salvo por lo que se refiere a” en *Japón – Comercio de semiconductores* para convertirse en una actividad en que aparecen más las características de una empresa mixta o cooperativa entre el gobierno y las empresas. Cabe recordar a este respecto el siguiente párrafo del Grupo Especial encargado del asunto *Japón – Comercio de semiconductores*¹¹¹.

“... El cometido del Grupo Especial era determinar si las medidas adoptadas en el caso a él sometido entrañaban una violación de lo dispuesto en el Artículo XI... El Grupo Especial consideró que para hacer esa determinación tenía que cerciorarse de que se cumplían dos criterios esenciales. En primer lugar, que había motivos fundados para pensar que los incentivos y desincentivos utilizados bastaban para asegurar la efectividad de medidas que no tenían carácter obligatorio. En segundo lugar, que la aplicación de las medidas adoptadas para restringir las exportaciones de semiconductores a precios inferiores a los costos de las correspondientes empresas dependía fundamentalmente de la acción o intervención gubernamental...”¹¹².

IV.5.1 La exclusión, como base de la restricción

Un componente que no se ha examinado es si una exclusión otorgada dentro de una ley de competencia para un sector (o para cárteles de exportación externos) puede considerarse claramente como “incentivo” suficiente para que entren en vigor medidas que, de lo contrario, no serían obligatorias. Si bien las partes han mencionado las exenciones de los cárteles de exportación como una posible base de acuerdo con el Artículo XI, este planteamiento presenta dificultades. La principal es que en ausencia de una exención expresa, no hay una base en las leyes nacionales de competencia para intervenir contra los efectos externos. El problema está más vinculado con la naturaleza de la jurisdicción de la ley nacional de competencia, tal como se ha descrito más arriba, que en lo que respecta a una determinada exención interna expresa. Al mismo tiempo, las normas de la OMC han podido en algunas ocasiones determinar que lo que se omite de una ley está también “cubierto” por ella, quizá en la medida en que no se puede excluir por completo el concepto de que una exclusión podría no desbordar la línea separatoria

¹¹⁰ No hay una prohibición comparable en el AGCS, ya que éste no establece la prioridad de los instrumentos de protección en lo que respecta a la importación ni a la exportación.

¹¹¹ *Japón – Comercio de semiconductores*, Informe del Grupo Especial adoptado el 4 de mayo de 1988 (L/6309 - 35S/116).

¹¹² *Japón – Comercio de semiconductores*, *ibid.*, párrs. 108 y 109. Párr. 111: “El Grupo Especial consideró que, en esas circunstancias, para que las medidas del Gobierno del Japón surtieran efecto no era necesario que fueran jurídicamente vinculantes, puesto que había motivos fundados para pensar que los incentivos o desincentivos existentes bastaban para asegurar que las acataran los productores y exportadores japoneses.” Como se ha examinado en la Parte II, con el fin de constituir una “medida”, el informe sobre *Japón – Películas fotográficas* parecía ampliar las posibilidades introduciendo la “cooperación” como elemento que puede crear un grado suficiente de participación estatal para hacer la conducta impugnable en cuanto medida.

del Artículo XI entre acciones públicas y privadas. En comparación con las consideraciones del Artículo III, tal como se examina en la parte III, el difícil obstáculo de tener que demostrar la discriminación brilla por su ausencia en el análisis del Artículo XI.

Suponiendo que no se presente un caso de atribución mágica, se trataría de un caso indicado para un texto negociado. Un posible punto de partida es suponer que, si bien existen en muchos territorios exclusiones de las leyes nacionales de competencia, la aplicación de estructuras privadas dentro de estas zonas excluidas puede tener efectos en el comercio de otros Miembros. Mientras que las exclusiones pueden notificarse y, por lo tanto, llegar a ser transparentes, las partes acordarían entablar consultas cuando así se solicitara y facilitar información sobre la materia de cualquiera de dichas exclusiones que pueda tener efectos en el comercio de otro Miembro. De ahí, la posibilidad de disponer que, en los casos en que un Miembro haya otorgado una exclusión, el objetivo de dicha exclusión no debería ser el de imponer restricciones al comercio. Si, el proceso de consulta pone de manifiesto que han existido tales restricciones, el Miembro deberá hacer todo lo razonablemente posible para eliminar el efecto de dichas restricciones. Finalmente, mientras que una exclusión sea explícita, puede entenderse que es equivalente bien a una “medida” o a una “restricción” en función de su influencia en el comercio de otra parte.

Si bien este tipo de planteamiento no comprende, obviamente, toda la esfera de las prácticas comerciales restrictivas, establece una conexión entre el sentido de responsabilidad basado en la nacionalidad y una acción “afirmativa” emprendida por un Estado con el fin de establecer una exclusión dentro de la ley nacional.

Otro aspecto que se debe considerar es el alcance de las actividades que podrían incluirse dentro de este artículo, en comparación con la prohibición de cárteles que son objeto de consideración. Como el Artículo hace hincapié en las relaciones de importación y exportación, la forma comercial de la restricción no es fundamental para determinar si puede llevarse a cabo en forma de una sola empresa dominante que tuviera suficiente poder de mercado o mediante un acuerdo entre empresas. Aunque hay una diferencia de trato entre las leyes nacionales de competencia en relación con estas diferentes estructuras, a los efectos de imponer restricciones que de lo contrario serían impugnables si fueran resultado de la iniciativa estatal, hay que preguntarse qué diferencia real se conseguiría con ello. El efecto que podría tener en otro territorio la restricción de la producción no es cualitativamente diferente si es promulgado por una sola empresa, dos o más empresas que actúan desde el mismo territorio, o dos o más empresas que intervienen desde más de un territorio. Una vez que se consideran los efectos comerciales nocivos para otro Miembro, hay que preguntarse por qué un acuerdo marco debe seguir tratando de prohibir un tipo de estructura sin tratar las alternativas que podrían reproducir el mismo comportamiento. Si bien una “norma de sentido común” puede servir de base para determinar las restricciones favorables a la competencia, este análisis, como el de las leyes de competencia en general, se limita al mercado interno. El componente de una posición dominante que influya en el comercio de otros Miembros no se considera, en cualquier caso, en un análisis basado en el sentido común. Por ello, quizá sea posible aislar el componente de restricción del comercio dentro de una posición dominante o restricción vertical y tratarlo independientemente de sus otros efectos internamente procompetitivos.

Si se considera el Artículo XI como base para una prohibición, lo que habría que preguntarse es cómo se va a conseguir realmente, dadas las limitaciones territoriales de las leyes nacionales de competencia. Un planteamiento es considerar que la obligación se contrae entre Estados, y que las leyes nacionales pertinentes impuestas como medio de reparación y conformidad no son “leyes de competencia” *per se*. Más bien, la acción adoptada por el Estado consiste en anular los contratos y acuerdos que dan pie a la no conformidad con el Artículo XI.

La cuestión de la compatibilidad en la acción pública y privada la resuelve el Estado asumiendo una teoría de jurisdicción basada en la nacionalidad para las medidas que se incluyen dentro de la prohibición. En cuanto a los cárteles internacionales, ello permitiría también a un Estado asumir la parte del acuerdo que diera lugar a restricciones de la producción de su propio territorio, con independencia del número de territorios que estuvieran sirviendo también como bases para otras restricciones.

El Artículo XI del GATT sirve de base jurídica para una prohibición que tiene en cuenta las restricciones a los insumos y la producción en el contexto del comercio de mercancías. Se trata de un contexto más estrecho de prohibición que se basa en la ampliación de la responsabilidad estatal del GATT para considerar a los agentes privados cuando sus acuerdos y prácticas influyen en el comercio.

V. CONCLUSIÓN

Al considerar un marco de política de competencia, los diferentes planteamientos de los distintos acuerdos anexos de la OMC en relación con las reglamentaciones nacionales pueden establecer puntos de referencia distintos para continuar avanzando. Se encuentra un planteamiento “limitado” en el actual Acuerdo de la OMC sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). En él no se exige que los Miembros tengan que promulgar ningún reglamento nacional. No obstante, cuando los Miembros deciden tener reglamentos técnicos, hay ciertos parámetros que regulan su diseño y aplicación. Se recogen los principios fundamentales, y las normas no pueden funcionar como obstáculos innecesarios al comercio. Se impone un tipo de norma jurídica para una categoría de leyes, pero los Miembros no tienen obligación de promulgar ninguna ley.

El Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC impone este requisito adicional con el fin de establecer regímenes de aplicación interna, incluida la especificación de las condiciones mínimas en que las leyes nacionales se pondrán a disposición de las partes privadas (nacionales y extranjeras). En particular, el Acuerdo sobre los ADPIC va más allá de los aspectos puramente “relacionados con el comercio”, estableciendo en su preámbulo los objetivos de aplicación de los derechos de propiedad intelectual. De la misma manera, un Marco PC podría adoptar también una expresión previa si los Miembros optaran por reconocer el valor de la observancia de la ley de competencia, y luego se pusieran de acuerdo para promulgar y aplicar leyes nacionales que abarcaron todo este terreno más amplio.

Un planteamiento más limitado relacionaría la observancia de la ley de competencia únicamente con los aspectos relacionados con el comercio. De esa manera, los Miembros acordarían corregir las prácticas privadas existentes en sus territorios que influyeran en el comercio de otros Miembros. Esta obligación puede exigir o no la promulgación de leyes nacionales de competencia, recurriendo en cambio a medidas ejecutivas o de otro tipo. Se trata de una esfera que debe ser objeto de mayor investigación.

Conviene señalar que una distinción aquí observada está relacionada con el grado de intervención que los Miembros acuerdan asumir en lo que respecta a la conducta de los agentes económicos privados en sus mercados internos. A este respecto convendría aclarar también si dicha intervención se limitaría a las acciones emprendidas por los Miembros o realizadas entre ellos, o si se concede también a los agentes privados el derecho de solicitar medidas coercitivas. Lo que se observa es que el grado de intervención asumido y los derechos de acción establecidos están mutuamente relacionados, y pueden considerarse desde la perspectiva de los diferentes objetivos antes mencionados. En cuanto al objetivo limitado de evitar que las leyes que pudieran aprobarse no incumplan los principios generales (enfoque del Acuerdo OTC), las acciones de Estado a Estado serían suficientes para garantizar un remedio cuando se promulguen o apliquen leyes que puedan infringir principios fundamentales, como en las normas de la OMC en términos más generales. Si uno de los objetivos del preámbulo incorpora la precisión de que determinadas prácticas privadas influyen en el comercio y, por lo tanto, en los derechos y obligaciones de otros Miembros de la OMC, las acciones de Estado a Estado parecerían ser un recurso suficiente. Un objetivo más amplio, que reconociera el valor de la observancia de la ley de competencia en términos más generales, exigiría un campo de intervención y respuesta más amplio. Podría ser algo semejante a lo que ocurre en el Acuerdo sobre los ADPIC, en el que se dispone que las leyes nacionales deben permitir a los agentes nacionales formular solicitudes.

Los principios fundamentales de no discriminación, transparencia y debido proceso de la OMC pueden ayudar a garantizar que las leyes nacionales de competencia promuevan ésta realmente y no sirvan como instrumentos proteccionistas u obstáculos innecesarios al comercio. El valor de establecer un acuerdo marco para aclarar mejor la relación entre estos principios y las leyes nacionales puede ofrecer también un valor añadido a los Miembros de la OMC. No obstante, al considerar un marco de política de competencia en términos más generales, resulta claro que el aspecto de los principios fundamentales no es el componente central de un marco (o acuerdo) sobre políticas de competencia. No debería negociarse ni aprobarse un nuevo Acuerdo de la OMC simplemente para enumerar las obligaciones preexistentes en el marco del GATT/OMC. Más bien, en la medida en que los Miembros trataran de prohibir los cárteles intrínsecamente nocivos u otras prácticas comerciales privadas restrictivas, éste debería ser el punto central, del que se derivarían todos los demás aspectos.

Incluso una prohibición limitada relativa a los cárteles internacionales intrínsecamente nocivos tendría en consideración algunas dimensiones constitucionales de las leyes y las relaciones económicas internacionales. Cualesquiera que sean los detalles de una disposición, una prohibición expresa establecería los indicadores de derecho internacional para la relación legal nacional que debería establecerse entre un Miembro de la OMC y sus propios agentes privados cuando su comportamiento influyera en el comercio de mercancías y servicios y en la inversión cuyo origen o destino fueran otros Miembros de la OMC. Es probable que ello determine el volumen de recursos nacionales que podrá ofrecer un Miembro para abordar (o permitir que otros aborden) las prácticas anticompetitivas en su propio territorio. Podría quizá aclarar hasta qué punto el comportamiento anticompetitivo de las empresas privadas puede atribuirse a un Miembro de la OMC.

Tiene cierto interés considerar la forma en que una prohibición adquiere vigencia en la OMC. Si bien los principios fundamentales mencionados desempeñarían un fuerte papel de apoyo a este respecto, es bastante claro que no constituyen una base jurídica directa que permita instrumentar una prohibición. De la misma manera, las propuestas en que se pide a todos los Miembros de la OMC que adopten leyes de competencia que puedan abordar los efectos territoriales de las prácticas comerciales restrictivas no tienen en cuenta la legalidad de dichas prácticas en lo que respecta a los agentes que las realizan. Otros han considerado que, si bien la adopción de leyes es importante, pueden ser más eficaces como recursos para quienes impugnan los cárteles nacionales de importación que como base eficaz para que los agentes nacionales descubran y combatan las prácticas externas que restringen las importaciones o exportaciones.

Por ello, se ha propuesto aquí que se considere de entrada un planteamiento limitado al comercio de mercancías, en que se contemplen las restricciones tanto a la importación como a la exportación. En él se haría referencia al Artículo XI del GATT, la prohibición frente a las medidas públicas de importación y exportación distintas de los derechos de aduana y otras cargas legales. Por ello, los Miembros podrían ponerse de acuerdo, a petición de otro Miembro, para examinar y considerar las prácticas y acuerdos privados que estén aplicando sus ciudadanos, cuando se generan restricciones al comercio de otros Miembros. Ello parecería establecer un mecanismo para los problemas tanto de importación como de exportación. Un Miembro asumiría la responsabilidad en ambos casos, independientemente de que pudiera caracterizarse formalmente como un cártel de exportación o de importación, o un cártel internacional.

Este camino debería compararse con las actuales propuestas de que los países tengan leyes de competencia y las puedan utilizar para hacer frente a los efectos de los cárteles internacionales en sus territorios. La prohibición aquí propuesta es en principio acumulativa y no necesariamente sustitutiva. Está basada en una disposición efectiva de las normas del GATT, cuyos elementos son bastante bien comprendidos por los Miembros. Los casos del GATT y la OMC han

desarrollado también esta ley y hay dictámenes sobre palabras como “restricciones” e “importación o exportación”. Aun cuando profundiza la responsabilidad de un Miembro con respecto a las medidas dentro del ámbito del comercio de mercancías, es también de menor amplitud en cuanto que tiene poco potencial de “interrelación” horizontal a través de otros acuerdos anexos de la OMC, en particular el AGCS. Este acuerdo tiene sus peculiaridades, especialmente en la obligación no general de trato nacional, y plantea sus propios problemas en las cuestiones relacionadas con la competencia. En cuanto prohibición “relacionada únicamente con el comercio”, el Artículo XI no exige que un Miembro establezca una “cultura de competencia” nacional.

Aunque una prohibición impone claramente obligaciones a todos sus Miembros, puede lograr un mejor equilibrio en cuanto a la dimensión de desarrollo. En virtud de las propuestas actuales, un país en desarrollo recibiría reclamaciones acerca de sus acuerdos restrictivos, privados y nacionales que influyen en las importaciones. Una prohibición inspirada en el Artículo XI no disminuiría esta responsabilidad. En cambio, un país desarrollado asumiría una nueva obligación, al menos en las relaciones de Estado a Estado, de abordar los acuerdos restrictivos privados nacionales que influyen en las exportaciones. Si bien la cooperación y la cortesía deberían desempeñar un papel fundamental como complemento de la dimensión de desarrollo, estos aspectos no parecen sustituir por sí solos la transacción directa que se establecería mediante la prohibición aquí propuesta. Sería necesario que un Miembro de la OMC asumiera una forma de responsabilidad jurisdiccional basada en la nacionalidad para considerar los efectos de sus propias exportaciones. Ello podría estar relacionado con un cártel nacional aislado de exportación, o con una restricción nacional a la producción que sea un componente de un acuerdo internacional más amplio. Si bien este concepto de distribuir la responsabilidad puede parecer también complejo, no parece menos intimidatorio que la teoría de reparto de los “efectos en el territorio”, que se está incorporando a las actuales propuestas. Cada planteamiento presenta sus deficiencias, pero un intento serio de hacer frente a los cárteles restrictivos internacionales podría revelar que ambos planteamientos podrían ser más eficaces si se aplicaran conjuntamente que de manera independiente.

Si bien el supuesto de la responsabilidad para los agentes nacionales indica un cambio en la base jurisdiccional para la aplicación de las leyes nacionales de competencia, cabría también decir que las leyes nacionales de competencia no son en absoluto las leyes que deben aplicarse de hecho. Si se define el problema desde el punto de vista del “comercio” y una prohibición se limita a los aspectos relacionados con el comercio, las leyes nacionales que habría que considerar son las de comercio, o algunos nuevos derivados de las leyes de comercio y competencia. Si bien esta sugerencia podría tratarse a la ligera, quizá convenga que un organismo nacional encargado de las medidas antidumping o las salvaguardias tenga tanta capacidad técnica y tantos recursos para considerar las restricciones privadas (de importación y exportación) como el organismo nacional de competencia. Puede ser que lo que se necesite sea un conjunto de relaciones entre los organismos administrativos nacionales, como ocurre en los grupos de acción interinstitucionales. En algunos Estados, el establecimiento de la conformidad con las obligaciones en el marco del GATT en un caso concreto parece ser competencia de órdenes o medidas ejecutivas nacionales sin referencia a ninguna autoridad administrativa designada en concreto. En el Artículo XI del GATT no se determina qué leyes debe utilizar un Miembro para armonizar una restricción. Quizá los Miembros puedan establecer sus propios medios de manera individual para conseguir la conformidad en las restricciones privadas relacionadas con el comercio.

A estas alturas, más que determinar qué ley nacional debería aplicarse lo que interesa realmente es acabar con la idea de que una prohibición relacionada con el comercio debe ser eternamente inaceptable para todos los Miembros de la OMC. Desde mucho antes de las

disposiciones de la Carta de la Habana sobre la consulta acerca de las prácticas comerciales relacionadas con el comercio, los territorios han comprendido que las restricciones privadas podrían inspirarse en las públicas. Ahora que la OCDE y otros han comenzado a documentar los amplios efectos de los cárteles internacionales, en particular sobre los países en desarrollo, hay nuevos elementos en juego. Como en el caso histórico de la liberalización del mercado interno de la CE, a medida que los obstáculos no arancelarios fueron resultando más recurribles, mayor parecería ser el deseo de los agentes privados de reproducirlos. Los resultados de la Ronda Uruguay promovieron significativamente la capacidad del sistema de comercio internacional para abordar los obstáculos no arancelarios gubernamentales y el terreno residual de las restricciones cuantitativas gubernamentales, como demostraría un examen sumario de los acuerdos de la OMC sobre agricultura, textiles y vestido y salvaguardias. Si bien la OMC no ha reproducido el entorno libre de aranceles de la Comunidad Europea, ha elaborado un significativo y complejo conjunto de normas y de jurisprudencia para tener en cuenta la mayor parte de los aspectos relativos a las medidas proteccionistas distintas de los aranceles.

Parece poco verosímil suponer que los agentes privados no responderían a estos avances tratando de reproducir las restricciones. De la misma manera, cada vez parece menos creíble suponer que la OMC y sus Miembros no tienen la capacidad necesaria para ofrecer una respuesta significativa a estas iniciativas privadas relacionadas con el comercio.

DISPOSICIONES ANEXAS DE LA OMC

Artículo III del GATT (Trato nacional)

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

4. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

Al Artículo III

Párrafo 2

Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.

Artículo XI del GATT (Eliminación general de las restricciones cuantitativas), párrafo 1

Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá -aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante.

Artículo XVII del AGCS (Trato nacional)

1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares¹¹³.

¹¹³ No se interpretará que los compromisos específicos asumidos en virtud del presente artículo obligan a los Miembros a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter extranjero de los servicios o proveedores de servicios pertinentes.

2. Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

3. Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.

REFERENCIAS

Documentos de la OMC

W/MIN(01)/DEC/1, 11/14/01.

Grupo de Trabajo de la OMC sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (en la signatura de todos los documentos se incluye la sigla WGTFCP, que corresponde a las iniciales del nombre del Grupo en inglés)

OMC, Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, Informes anuales de 1999, 2000 y 2001, WT/WGTCP/5, WT/WGTCP/4 y WT/WGTCP/3.

OMC, Secretaría, WT/WGTCP/115, mayo de 1999.

OMC, Secretaría, WT/WGTCP/WGTFCP/209, 19 de septiembre de 2002.

OMC, Secretaría, WT/WGTCP/WGTFCP/172, 6 de junio de 2001.

Comunicación del Canadá, WT/WGTFCP/174, 2 de julio de 2001.

Comunicaciones de la CE, WT/WGTFCP/152, septiembre de 2000, revisado en marzo de 2001 con el número WT/WGTFCP/160; WT/WGTFCP/193, 1 de julio de 2002; WT/WGTFCP/207, agosto de 2002.

Comunicación de Corea, WT/WGTFCP/133, 15 de julio de 1999.

Comunicaciones de los Estados Unidos, WT/WGTFCP/142, 03 de agosto de 2000; WT/WGTFCP/131, 13 de julio de 1999.

Comunicación de Hong Kong, WT/WGTFCP/118, 26 de mayo de 1999.

Comunicaciones del Japón, WT/WGTFCP/156, 19/12/00; WT/WGTFCP/135, 14 de julio de 1999.

Comunicación de Sudáfrica, WT/WGTFCP/138, 11 de septiembre de 1999.

Comunicación de Suiza, WT/WGTFCP/151, 22 de septiembre de 2000.

Documentos e instrumentos de otras organizaciones internacionales

OCDE, Applying Core Principles in a Multilateral Framework on Competition, COM/DAFFE/TD (2002) 49, 10 de mayo de 2002.

OCDE, C(89)35/FINAL, examinado en relación con un marco de política de competencia en la comunicación de la OCDE WT/WGTFCP/207, 15 de agosto de 2002.

OCDE, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C/M(98)7(PROV), abril de 1998.

OCDE, Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, 37 I.L.M. 1997.

UNCTAD, El programa de trabajo positivo y las futuras negociaciones comerciales (2000); UNCTAD, Draft Consolidated Report of Regional Meetings, 22 de abril de 2002.

UNCTAD, Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, TD/RBP/CONF/10/Rev.1.

UNCTAD, Una cooperación multilateral más estrecha en materia de política de competencia: la dimensión del desarrollo, Informe consolidado sobre los temas discutidos en los Seminarios Regionales Post – Doha ... sobre Política de Competencia, WT/WGTCP/WGTFCP/197, 15 de agosto 2002.

Casos del Grupo Especial y el Órgano de Apelación del GATT y la OMC

Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados, WT/DS155/R.

Canadá – Aplicación de la ley sobre el examen de la inversión extranjera, (L/5504 - 30S/140).

Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS142/AB/R.

Canadá – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones, WT/DS31/AB/R.

Canadá – Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas ..., L/6304, 35S/37.

Chile – Impuestos a las Bebidas Alcohólicas, WT/DS87/AB/R WT/DS110/AB/R.

Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/R, WT/DS231/AB/R.

Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, WT/DS135/AB/R.

Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916, WT/DS136/R.

Estados Unidos – Restricciones a las importaciones de atún, DS 21/R, (no adoptado), 39 BISD 155.

Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, WT/DS160.

Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, WTDS152/R.

Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, (L/6439 - 36S/345), 36 BISD, 1990.

Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas (L/6175 - 34S/136).

Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola (L/833 - 7S/60).

Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo, WT/DS44/R.

Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas – Informe del Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

Japón – Comercio de semiconductores (L/6309 - 35S/116).

México – México – medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones, WT/DS204/3 (solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por los Estados Unidos).

Turquía – Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido, WT/DS34/R.

Libros

Brownlie, Ian (1990). *Principles of Public International Law*, 4^a ed., Clarendon Press, Oxford.

GATT, Índice analítico, 6^a ed., (1994), pg. 96

Legislación

Comunidades Europeas, EC Article 81.

Estados Unidos, § 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, *Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty*

Estados Unidos, *The International Antibribery and Fair Competition Act of 1998*, P.L. 105-3566, 112 Stat. 3202 (1998).

LECTURAS RECOMENDADAS

- Amato, Filippo (2001), International Antitrust: What Future?, *World Competition*, 24(4), págs. 451-473.
- Anderson, Robert y Holmes, Peter (2002). Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System, *Journal of International Economic Law*, págs. 531-563.
- Bellis, Jean F. (2000). Anti-competitive Practices and the WTO: The Elusive Search for New World Trade Rules, en Bronckers M. y Quick R. (comps.), *New Directions in International Economic Law*, Kluwer Law International, págs. 361-368.
- Brusick, Phillippe (2000). *Las disciplinas multilaterales en materia de competencia*, en, *El programa de trabajo positivo y las futuras negociaciones comerciales*, Naciones Unidas, Nueva York, pág. 458.
- Garcia Bercero, Ignacio y Amarasinha, Stefan (2001). Moving the Trade and Competition Debate Forward, *Journal of International Economic Law*, págs. 481-506.
- Grewlich, Alexandre (2001). Globalisation and Conflict in Competition Law, elements of Possible Solutions, *World Competition*, 24(3), págs. 367-404.
- Hoekman, Bernard y Mavroidis, Petros (2002). *Economic Development, Competition Policy and the WTO*, documento CEPR, julio.
- Hudec, Robert (1999). A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets, *New England Law Review*, 34(1), págs. 79-102.
- Petersmann, E.U. (2000). Legal Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO, *New England Law Review*.
- Roessler, F. (1999). Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law through Non-Violation Complaints? *Journal of International Economic Law*.