



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

Distr.
GENERAL

TD/RBP/CONF.6/9
TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.1
5 de septiembre de 2005

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

QUINTA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS
ENCARGADA DE EXAMINAR TODOS LOS
ASPECTOS DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS
Y NORMAS EQUITATIVOS CONVENIDOS
MULTILATERALMENTE PARA EL CONTROL DE
LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Antalya (Turquía), 14 a 18 de noviembre de 2005

Tema 6 *a*) del programa provisional

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO

Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas

Grupo Intergubernamental de Expertos
en Derecho y Política de la Competencia

**FORMAS DE APLICAR LOS POSIBLES ACUERDOS INTERNACIONALES
SOBRE LA COMPETENCIA A LOS PAÍSES EN DESARROLLO, ENTRE
OTRAS COSAS MEDIANTE UN TRATO PREFERENCIAL O
DIFERENCIADO, CON MIRAS A QUE ESOS PAÍSES PUEDAN ADOPTAR
Y APLICAR UN DERECHO Y UNA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA
COMPATIBLES CON SU NIVEL DE DESARROLLO ECONÓMICO**

Resumen

El examen de algunos de los instrumentos internacionales y casos existentes en relación con este ámbito pone de relieve las cuestiones siguientes: **las contribuciones relativas de los acuerdos vinculantes, la cooperación oficiosa y las iniciativas sobre la aplicación de la normativa a nivel nacional (con el respaldo de la asistencia técnica) para hacer frente a los diferentes obstáculos con que se enfrentan los países en desarrollo en dicha aplicación en casos de prácticas comerciales restrictivas con elementos internacionales; los tipos de disposiciones de dichos acuerdos internacionales, como los compromisos de fondo relacionados con el contenido o la aplicación de las legislaciones nacionales, o los tipos avanzados de cooperación en materia de procedimientos que podrían facilitar la aplicación en esos casos internacionales, así como la asistencia técnica para aplicar dichas disposiciones; cómo podría sacarse el mayor provecho de los incentivos para que los países más adelantados cooperen en este ámbito y reducir al mínimo los posibles desincentivos que surgen de las limitaciones en materia de confidencialidad destinadas a proteger los programas nacionales de indulgencia;** la aplicación de las leyes de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas que afectan a los mercados extranjeros (**incluso cuando los efectos en los mercados extranjeros e internos estén vinculados**); el trato preferencial o diferenciado para los países en desarrollo; las formas de intensificar la cooperación entre los países en desarrollo, y una mayor coordinación entre los distintos organismos internacionales. Los gobiernos podrían examinar estas cuestiones al determinar la forma en que podrían aplicarse los posibles acuerdos bilaterales, regionales, plurilaterales o multilaterales sobre la competencia a los países en desarrollo. Este examen podría tener en cuenta las disposiciones pertinentes del Conjunto de Principios y Normas, el Consenso de São Paulo y los acuerdos de la OMC. Se facilitaría así una labor permanente de elaboración y **presentación por la UNCTAD de tipos de disposiciones comunes que se incluirían en acuerdos de cooperación internacionales, en particular de carácter bilateral y regional, sobre política de la competencia y su aplicación** y también mejoraría la armonización y la coordinación entre las distintas formas o niveles de cooperación internacional en esta esfera. No se estudia en este documento el concepto de posible marco multilateral sobre la competencia, que ya se ha examinado en la OMC.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 2	4
I. ALGUNAS NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y EL DESARROLLO.....	3 - 14	6
A. El acuerdo de cooperación entre el Brasil y los Estados Unidos de América.....	3 - 4	6
B. Algunos acuerdos comerciales regionales.....	5 - 10	7
C. Algunos instrumentos de la OCDE, la Red Internacional de la Competencia y la OMC.....	11 - 14	10
II. ALGUNOS CASOS QUE TIENEN CONSECUENCIAS INTERNACIONALES Y EN MATERIA DE DESARROLLO.....	15 - 24	12
A. Casos de cárteles internacionales.....	15 - 19	12
B. Algunos casos del TLCAN y la OMC.....	20 - 24	15
III. CONSECUENCIAS Y TEMAS PARA UN POSIBLE EXAMEN.	25 - 36	18
A. Enfoques comunes y diferencias.....	25 - 26	18
B. Cooperación sobre los casos, confidencialidad e indulgencia.....	27 - 29	19
C. Temas para un posible examen.....	30 - 36	23

INTRODUCCIÓN

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su quinto período de sesiones (2 a 4 de julio de 2003), solicitó a la secretaría de la UNCTAD que preparase para el sexto período de sesiones del Grupo "estudios sobre las repercusiones que una cooperación multilateral más estrecha en la esfera de la política de la competencia podría tener sobre los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo y de los países menos adelantados, y en particular... b) un informe acerca de las maneras en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que estos países pudieran adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico"¹. **Tal como estaba previsto, dicho informe (TD/B/COM.2/CLP/46) se presentó al Grupo en su sexto período de sesiones; en sus conclusiones convenidas, el Grupo pidió a la secretaría que revisase y actualizase el informe teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los Estados miembros en ese período de sesiones o que se enviaran por escrito hasta el 31 de enero de 2005, con el fin de presentarlos a la Quinta Conferencia de Examen².**

En cumplimiento de este mandato, en el presente informe se adopta un criterio empírico y se examinan algunos de los actuales instrumentos internacionales (en la parte I) y los casos (en la parte II) relativos a este ámbito, destacando los aspectos que guardan relación con los países en desarrollo. En la parte III se señalan algunas consecuencias y temas que los gobiernos pueden desear examinar en la evaluación de las cuestiones relativas a posibles acuerdos sobre la competencia en los niveles bilateral, regional, plurilateral o multilateral. **Las adiciones al texto original se han señalado en negrita.**

2. **El presente informe revisado debe leerse en forma conjunta con otros tres informes de la secretaría de la UNCTAD preparados para la Conferencia de Examen, también por solicitud del Grupo de Expertos en su sexto período de sesiones: una versión revisada del documento "Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados" (TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3); una versión revisada de "Los papeles de los posibles mecanismos de mediación en las controversias y los arreglos alternativos, incluidos los exámenes voluntarios entre entidades de igual nivel en la esfera del derecho y la política de la competencia" (TD/B/COM.2/CLP/37/Rev.2); y "Exposición de los tipos de disposiciones comunes incluidas en los acuerdos internacionales de cooperación sobre política de la competencia, en particular en los acuerdos bilaterales y regionales, y de la aplicación de**

¹ Véase el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la UNCTAD (TD/B/COM.2/52, TD/B/COM.2/CLP/39), Conclusiones convenidas, párr. 4. Esta petición del Grupo de Expertos siguió a una petición similar de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas, de 2000.

² Véase el párrafo 2 de las Conclusiones convenidas del Grupo en UNCTAD, "Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su sexto período de sesiones" (TD/B/COM.2/48). El Gobierno de Indonesia envió una comunicación escrita sobre el informe.

dichas disposiciones (TD/RBP/CONF.6/3). También tiene gran importancia para el informe el libro de la UNCTAD titulado "*Trade and Competition Issues: Experiences at Regional Level*" (*Cuestiones de comercio y competencia: experiencias en el plano regional*), y en particular su artículo sobre trato especial y diferenciado en este ámbito³. Teniendo en cuenta que la mayoría de los instrumentos y casos que se examinan en este documento ya fueron mencionados en **estos u otros** informes anteriores de la UNCTAD⁴ o en otros documentos citados, en este informe no se dan las referencias completas, salvo en algunos casos nuevos. Tampoco se examina ningún acuerdo comercial regional celebrado exclusivamente entre países en desarrollo, ni se hace un examen general de las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas⁵. No obstante, al tratar de las cuestiones que se han de examinar, en el capítulo 3 se mencionan los acuerdos entre países en desarrollo y algunas de las disposiciones del Conjunto. No se examina el concepto de un posible marco multilateral sobre la competencia en el ámbito de la OMC, que ya había examinado el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia de ese organismo, sobre la base de la Decisión del Consejo General de la OMC de que la cuestión de la interacción entre comercio y política de competencia no formará parte del Programa de Trabajo establecido en la Declaración de Doha y, por consiguiente, durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas. De todas maneras, se mencionan algunas informaciones u opiniones pertinentes que figuran en la documentación de ese Grupo. En todo el informe, los términos "prácticas comerciales restrictivas" o "prácticas anticompetitivas" se utilizan indistintamente.

³ Véase P. Brusick y J. Clarke, "Operationalizing special and differential treatment in cooperation agreements on competition law and policy" en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: Experiences at regional level (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)*.

⁴ El alcance, la cobertura y la aplicación de la legislación y la política de la competencia y análisis de las disposiciones de la Ronda Uruguay que se refieren a la política de la competencia, incluidas sus consecuencias para los países en desarrollo y otros países (TD/RBP/COM.2/EM/2); Recientes casos importantes relativos a la competencia en los países en desarrollo (TD/B/COM.2/CLP/26); y Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación internacional sobre cuestiones de política de la competencia y los mecanismos utilizados (TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.2).

⁵ Resolución 35/63 de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1980 (TD/RBP/CONF/10/Rev.2).

I. ALGUNAS NORMAS INTERNACIONALES RELACIONADAS CON LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA Y EL DESARROLLO

A. El acuerdo de cooperación entre el Brasil y los Estados Unidos de América para la aplicación de la política de la competencia

3. Uno de los rasgos sobresalientes de muchos instrumentos internacionales que tratan de la política de la competencia es su "moderación", ya sea en cuanto a la naturaleza no vinculante de esos instrumentos, por el hecho de que sus disposiciones estén redactadas de tal forma que permitan a sus destinatarios un amplio margen de discrecionalidad sobre la línea de conducta que adoptarán, o a la exclusión de la solución de diferencias. Los acuerdos de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia son jurídicamente vinculantes, pero sus disposiciones suelen ser redactadas de forma poco precisa y estar sujetas a condiciones. Hasta la fecha, sólo se ha celebrado un acuerdo de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia entre un país desarrollado y un país en desarrollo (los Estados Unidos y el Brasil). Este acuerdo comprende las disposiciones habituales que figuran en la mayoría de los acuerdos de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia, con variaciones sin importancia: notificación de modificaciones de la legislación aplicable o de determinadas actividades de aplicación que afecten a la otra parte (que en este caso es obligatoria, con la salvedad de las limitaciones en materia de confidencialidad); compromiso de examinar detenidamente los intereses importantes de la otra parte durante la investigación o aplicación de medidas correctivas contra las prácticas anticompetitivas (cortesía negativa); consultas sobre cualquier cuestión relacionada con el acuerdo; intercambio de información no confidencial que facilite la aplicación efectiva de las leyes de la competencia y promueva un mejor entendimiento de las políticas y actividades de cumplimiento de las políticas de la competencia de la otra parte, hasta donde sea compatible con la respectiva legislación e intereses importantes y dentro de la disponibilidad razonable de recursos; posibilidad de coordinar la acción contra prácticas anticompetitivas vinculadas que se lleven a cabo en ambos países; y mantenimiento de la confidencialidad de la información delicada que facilite la otra parte. Este acuerdo incluye también un tipo de disposición que figura en algunos acuerdos avanzados, la "cortesía positiva", según la cual las autoridades encargadas de la competencia de cada parte estudiarán detenidamente las peticiones formuladas por la otra parte de que se adopten medidas coercitivas contra prácticas anticompetitivas en el territorio del país al que se dirige la solicitud que contravienen las leyes de ese país y afectan negativamente a intereses importantes del país solicitante. No obstante, esta cláusula de "cortesía positiva" no limita la discrecionalidad de enjuiciamiento de las autoridades encargadas de la competencia a las que se dirige la solicitud, que pueden no adoptar medidas. Tampoco impide que las autoridades solicitantes apliquen sus propias leyes (aunque no es preciso que se infrinja la legislación del país solicitante para que éste presente esa solicitud)⁶. El acuerdo entre el Brasil y los Estados Unidos también prevé la prestación de asistencia técnica.

⁶ No obstante, los Estados Unidos son el único país cuya legislación de la competencia se aplica a las prácticas comerciales restrictivas en los mercados extranjeros que afectan a sus exportadores.

4. No obstante, en este acuerdo no se prevé la posibilidad de intercambiar información confidencial, a reserva de las limitaciones sobre uso o divulgación, cláusula que figura en algunos acuerdos avanzados. El acuerdo entre el Brasil y los Estados Unidos tampoco incluye otros dos tipos de disposiciones que hasta ahora sólo figuran, **por ejemplo**, en el acuerdo de cooperación para la aplicación de la política de la competencia entre Australia y los Estados Unidos: el requisito de notificar (en la medida en que sea compatible con la legislación, las políticas de aplicación y otros intereses importantes) la información sobre actividades aparentemente anticompetitivas que puedan guardar relación con las políticas de la competencia o justifiquen que las autoridades encargadas de la competencia de la otra parte las apliquen, aun cuando **no se haya violado la normativa de la competencia** de la parte que notifica **ni se hayan adoptado** medidas coercitivas **con arreglo a la ley**; y la posibilidad de prestar una ayuda a la investigación que suponga la utilización de procesos que, conforme al derecho de un país, sean obligatorios para obtener información, a petición de otro país cuyos importantes intereses nacionales se vean afectados por la conducta anticompetitiva organizada en el país al que se presenta la solicitud, aun cuando esta conducta no sea ilegal con arreglo a la legislación de ese país.

B. Algunos acuerdos comerciales regionales

5. Muchos acuerdos de libre comercio, asociación económica, uniones aduaneras o mercados comunes o únicos (en adelante denominados colectivamente "acuerdos comerciales regionales") suelen establecer normas de procedimiento sobre la cooperación en casos de competencia parecidos a los que figuran en los acuerdos de cooperación para la aplicación de legislación y práctica anticompetitivas, aunque a menudo con mucho menos detalle o de menor alcance. Por consiguiente, los acuerdos comerciales regionales suelen estipular que se adopten reglamentaciones o decisiones sobre cooperación y también pueden complementarse con acuerdos bilaterales de cooperación sobre la aplicación entre las partes. A diferencia de estos acuerdos bilaterales, los acuerdos comerciales regionales suelen incluir normas sustantivas sobre la competencia. Su alcance, rigor y detalle varían marcadamente de uno a otro. En algunos figuran obligaciones generales de adopción de medidas contra los actos anticompetitivos, otros establecen normas y reglas concretas, y en otros se exige la aprobación de leyes y procedimientos comunes. Algunos prevén la aplicabilidad, el contenido o la aplicación efectiva de las normas de la competencia únicamente en relación con las prácticas comerciales restrictivas que afecten al comercio entre las partes, mientras que en otros figuran recomendaciones respecto de todas las prácticas comerciales restrictivas.

6. Tanto el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno del Canadá disponen que cada Parte adoptará o mantendrá medidas para proscribir, **respectivamente, las "prácticas de negocios contrarias a la competencia" o las "actividades anticompetitivas"** y aplicará los mecanismos de observancia apropiados conforme a esas medidas. Ahora bien, el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y el Canadá define las "actividades anticompetitivas" y dice que significa cualquier conducta o transacción que pueda ser objeto de sanciones o cualquier otro tipo de remedio con arreglo a la legislación sobre la competencia de cada una de las Partes, así como cualquier reforma que se les hiciera, y cualquier otra ley o reglamento que las Partes acuerden conjuntamente que sean aplicables. Estas "actividades anticompetitivas" comprenden (pero no se limitan a) los cárteles, el abuso de posición dominante

y las fusiones con efectos anticompetitivos importantes, salvo que estén excluidos, directa o indirectamente, del alcance de la legislación de la propia parte o autorizados de conformidad con esas leyes. No obstante, se prevé que todas estas exclusiones y autorizaciones habrán de ser claras y cada Parte las evaluará periódicamente para determinar si son necesarias para lograr sus objetivos políticos primordiales. Se prevé asimismo el establecimiento o mantenimiento por cada Parte de un órgano imparcial encargado de la competencia, facultado para aplicar los mecanismos de observancia apropiados y defender las políticas y la legislación favorables a la competencia, sin injerencia política; la transparencia (publicación o acceso público a la legislación y los procedimientos, prácticas o decisiones administrativas de aplicación general, así como la notificación a la otra Parte de los cambios introducidos en éstos); la no discriminación (tanto respecto de las medidas de proscripción de las actividades anticompetitivas como de los mecanismos de aplicación); la imparcialidad jurídica (procedimientos judiciales y cuasijudiciales imparciales y equitativos, susceptibles de apelación o de revisión); y asistencia técnica. En lo que respecta a la cooperación en los procedimientos de aplicación de las normas anticompetitivas, se prevé la notificación obligatoria de las medidas de aplicación que puedan afectar a los intereses importantes de la otra Parte (salvo que afecte a la confidencialidad o perjudique intereses importantes), con criterios detallados en cuanto a lo que debe notificarse; las consultas y la cortesía negativa. También se prevé la posibilidad de que las partes puedan celebrar otros acuerdos o arreglos de cooperación o de asistencia jurídica mutua. Este acuerdo (al igual que el TLCAN y los Tratados de Libre Comercio entre el Canadá y Chile y entre la Unión Europea y Chile), excluye la aplicación de procedimientos de solución de diferencias a las diferencias en materia de política de la competencia.

7. Prácticamente todos los acuerdos comerciales regionales celebrados por la Unión Europea incluyen disposiciones sobre política de la competencia, pero su naturaleza y alcance varían. Todos los acuerdos euromediterráneos disponen que determinadas prácticas (que se califican en términos muy similares a los utilizados en el Tratado de Roma) son incompatibles con el funcionamiento correcto del acuerdo en la medida en que puedan afectar al comercio entre la Unión Europea y el otro país en cuestión⁷. Algunos indican expresamente que estas prácticas habrán de evaluarse sobre la base de los criterios establecidos en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma. No obstante, en otros acuerdos sólo figura una declaración de la Unión Europea que indica que aplicará esos criterios en espera de la aprobación de normas de aplicación por los consejos de asociación creados en virtud de los acuerdos. La cooperación prevista en procedimientos de aplicación de la legislación se limita al intercambio de información no confidencial (sin indicar en ningún momento cómo se activa ese mecanismo). No obstante, hasta la fecha las disposiciones sobre política de la competencia de estos acuerdos comerciales regionales (como la mayoría de los acuerdos comerciales regionales que se examinan a continuación) no se han desarrollado mediante decisiones de los consejos establecidos para administrarlos.

8. Al igual que los acuerdos euromediterráneos, el acuerdo entre la Unión Europea y Sudáfrica sólo se aplica a las prácticas comerciales restrictivas en la medida en que afecten al comercio entre las Partes. Sin embargo, se diferencia de ellos porque utiliza criterios distintos de

⁷ La Unión Europea ha celebrado acuerdos con Argelia, Egipto, Israel, Jordania, el Líbano, Marruecos, la Autoridad Palestina y Túnez.

los de las normas de la competencia de la Unión Europea (y que se asemejan a las del derecho de la competencia de Sudáfrica) para calificar esas prácticas comerciales restrictivas, y las vincula concretamente al territorio de las Partes. Así, por ejemplo, **los artículos 35 y 36** del acuerdo disponen que haya controles sobre **las decisiones y/o las prácticas concertadas** entre empresas en relaciones horizontales, **así como sobre los acuerdos** verticales, que tengan por objeto impedir o restringir de forma sustancial la competencia en el territorio de la Unión Europea o de Sudáfrica (salvo que las empresas puedan demostrar que los efectos anticompetitivos quedan compensados por los efectos en favor de la competencia), y controles sobre el abuso de posición dominante en **todo el territorio de cada una de las Partes o en una parte substancial de éste**. También se prevén consultas obligatorias cuando así se solicite, intercambio de información no confidencial, prestación de asistencia técnica y aplicación de la cortesía negativa y positiva; no se establece concretamente la obligación de notificar las actividades de aplicación.

9. En el Acuerdo de Cotonú con los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), el planteamiento es muy distinto. Su ámbito no se limita a las prácticas comerciales restrictivas que afectan al comercio entre las Partes. En cambio, la Unión Europea y los países ACP se comprometen a aplicar las normas y políticas nacionales o regionales de fiscalización de los acuerdos, las decisiones y prácticas concertadas que tienen por objeto o efecto prevenir, restringir o distorsionar la competencia y prohibir el abuso de posición dominante en la Unión Europea y en el territorio de los Estados ACP, a fin de velar por la eliminación de las distorsiones de una competencia sana y con la debida consideración de los distintos niveles de desarrollo y las necesidades económicas de cada uno de los países ACP. Las Partes también convienen en fortalecer la cooperación en esta esfera, con miras a elaborar y apoyar políticas de competencia eficaces, con los correspondientes organismos nacionales de la competencia que velen progresivamente por el cumplimiento efectivo de las normas de la competencia, tanto por parte de las empresas privadas como del Estado. La cooperación habrá de incluir, en particular, la ayuda para la formulación del marco jurídico adecuado y su aplicación administrativa, con particular referencia a la situación especial de los países menos adelantados. No se menciona concretamente la cooperación en relación con casos particulares.

10. Cabe señalar otra diferencia entre el Acuerdo de Cotonú y el acuerdo comercial regional entre la Unión Europea y México (complementado por una Decisión del Consejo Conjunto). Ni en este último acuerdo ni en la decisión se prevé una convergencia sustantiva. En cambio, las partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes sobre la competencia **con el fin, entre otras cosas, de evitar efectos negativos sobre el comercio y el desarrollo económico, así como los posibles efectos adversos que esas restricciones puedan tener para los intereses de la otra Parte**. No obstante, en la decisión figuran disposiciones fundamentales de cooperación para la aplicación de la política de competencia; por ejemplo, la notificación de las actividades de aplicación es obligatoria en principio, aunque la lista de lo que debe notificarse es más breve que en los acuerdos comerciales regionales o los acuerdos de cooperación para la aplicación celebrados por el Canadá y los Estados Unidos.

C. Algunos instrumentos de la OCDE, la Red Internacional de la Competencia y la OMC

11. En la recomendación de la OCDE sobre los cárteles intrínsecamente nocivos se establece que los países miembros deben velar por que su legislación en materia de competencia ponga fin y disuada eficazmente a esos cárteles, en particular previendo sanciones efectivas, procedimientos para hacer cumplir las normas e instituciones que tengan atribuciones adecuadas⁸. En dicha recomendación también se alienta la cooperación y la cortesía con respecto a la acción coercitiva contra esos cárteles, y se establecen algunos principios y prácticas con esta finalidad. De la definición de los cárteles intrínsecamente nocivos se excluyen los "acuerdos, las prácticas concertadas o los arreglos que: i) guarden una relación justificada con la legítima obtención de mejoras de la eficiencia en forma de reducción de los costos o aumentos de la producción; ii) queden excluidos, directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las propias leyes del país miembro en cuestión; o iii) estén autorizados en virtud de esas leyes" (apartado b) del párrafo 2). No obstante, se establece que todas las exclusiones y autorizaciones de cárteles que de otro modo se considerarían intrínsecamente nocivos deben ser transparentes y revisarse periódicamente para determinar si son necesarias y si no son más amplias de lo preciso para lograr su objetivo sustantivo fundamental. Los miembros deben informar anualmente a la OCDE de toda exclusión o categoría de autorización nueva o ampliada.

12. Los miembros de la Red Internacional de la Competencia (RIC) han aprobado, entre otras disposiciones, principios rectores y prácticas recomendadas sobre la notificación y el examen de las fusiones. Aunque su labor en materia de aplicación de normas relativas a los cárteles no está tan adelantada, se ha creado un Grupo de Trabajo encargado de este tema, que tendrá dos subgrupos: uno de ellos se ocupará de elaborar principios rectores y/o prácticas recomendadas en materia de transparencia, no discriminación, respeto de las garantías legales, eficacia de los procedimientos e instituciones de aplicación de la ley y cooperación internacional en la aplicación de la legislación contra los cárteles; la función del segundo será ayudar a la autoridades de defensa de la competencia a mejorar sus técnicas de aplicación de la ley.

13. Los acuerdos de la OMC contienen diversas disposiciones generales que pueden guardar relación con la política de la competencia, y también varias disposiciones que se refieren concretamente a cuestiones que se relacionan con ella⁹. Entre las primeras pueden incluirse las que se refieren al trato especial y diferenciado. La secretaría de la OMC ha enumerado 145 disposiciones de ese tipo, que ha clasificado en 5 categorías principales: a) disposiciones destinadas a aumentar las oportunidades comerciales mediante el acceso a los mercados; b) disposiciones que exigen a los miembros de la OMC salvaguardar los intereses de los países en desarrollo; c) disposiciones que conceden una mayor flexibilidad en materia de compromisos; d) disposiciones que permiten períodos de transición más largos; y

⁸ Se invita a los países que no son miembros a que se asocien a esta Recomendación y varios de ellos han expresado su interés en hacerlo.

⁹ Véase J. Mathis, WTO core principles and prohibition: Obligations relating to private practices, national competition laws and implications for a competition policy framework, UNCTAD consultant report (UNCTAD/DITC/CLP/2003/2).

e) disposiciones sobre la prestación de asistencia técnica. Otras disposiciones dentro de estos cinco grupos se refieren concretamente a los países menos adelantados¹⁰. En la Decisión del Consejo General de 31 de julio de 2004, entre otras cosas, se recordó la decisión adoptada por los Ministros en Doha de examinar todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas¹¹.

14. Varias disposiciones de los acuerdos de la OMC se refieren concretamente a la política en materia de competencia, como las que figuran en el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI (que se refiere al antidumping). El siguiente examen se centra en el Documento de Referencia de 1996 relativo a los Principios Reglamentarios favorables a la competencia en relación con el Acuerdo AGCS, tal como se interpretaron sus disposiciones en el asunto *Telmex*, que se describe más adelante. Dicho documento establece los principios que rigen el marco reglamentario de los servicios de telecomunicaciones básicas y ha sido incorporado a la lista de compromisos en el marco del AGCS de algunos miembros de la OMC. Esos miembros se comprometen a mantener medidas adecuadas para impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un "proveedor importante" empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas. También se comprometen a asegurar que esos proveedores suministren la interconexión a sus redes integradas en términos y condiciones que en general no sean discriminatorias. Un "proveedor importante" es un proveedor que "tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de: a) el control de las instalaciones esenciales; o b) la utilización de su posición en el mercado". Por "instalaciones esenciales" se entiende "toda instalación de una red o servicio públicos de transporte de telecomunicaciones que: a) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y b) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico". Las "prácticas anticompetitivas" incluyen en particular "realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada", "utilizar información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos" y "no poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios".

¹⁰ Véase OMC, Los países en desarrollo y el sistema multilateral de comercio - Tendencias de ayer y de hoy, Nota de antecedentes de la secretaría, 1999, y disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los acuerdos y decisiones de la OMC, Nota de la secretaría, WT/COMTD/W77.

¹¹ Véase OMC, Consejo General, Programa de Trabajo de Doha, proyecto de decisión del Consejo General de 31 de julio de 2004, WT/GC/W/535.

II. ALGUNOS CASOS QUE TIENEN CONSECUENCIAS INTERNACIONALES Y EN MATERIA DE DESARROLLO

A. Casos de cárteles internacionales

15. Los casos que se describen a continuación se refieren a los aspectos internacionales de la política de competencia y/o la aplicación de algunos de los instrumentos examinados en la parte I, y también se refieren directamente a los países en desarrollo o de otro modo plantean cuestiones que los afectarían¹². Entre los principales casos relativos a cárteles internacionales que se han planteado ante las autoridades encargadas de la competencia en los últimos años, hay tres en particular que entrañan cuestiones de cooperación internacional: los asuntos relativos a los *Electrodos de grafito*, la *Lisina* y las *Vitaminas*. Estos tres cárteles fueron descubiertos, enjuiciados y sancionados en primer lugar por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que inició su actuación por la información presentada en el marco de su programa de indulgencia. Posteriormente, varias autoridades investigaron a estos cárteles con respecto a los efectos en sus mercados. En la República de Corea, la Comisión de Comercio Leal de Corea, tras tomar conocimiento de estos procesos, abrió una investigación sobre los *Electrodos de grafito*. Inicialmente trató de pedir a los sospechosos de participar en el cártel que presentaran pruebas para la investigación. No obstante, como esas empresas estaban establecidas en el extranjero y la mayoría de ellas no tenía presencia jurídica en el país, la Comisión de Comercio Leal no pudo obligarlas a cumplir con estas solicitudes de información. Posteriormente, solicitó información a los organismos extranjeros encargados de la competencia que habían enjuiciado al cártel. Aunque algunos de ellos respondieron de manera positiva, la única información que proporcionaron ya era de conocimiento público¹³. Si bien se contó con una cantidad relativamente importante de información procedente del enjuiciamiento penal en los Estados Unidos, esa información no bastaba para fundar un enjuiciamiento por parte de la Comisión de Comercio Leal de Corea. Ésta finalmente pudo aplicar penas a seis de las empresas extranjeras involucradas, pero sólo después de dedicar enorme tiempo y esfuerzo a la investigación.

16. En el asunto *Lisina*, las autoridades del Brasil tuvieron conocimiento de la investigación por una ponencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en un seminario. Sin embargo, sólo después de que el caso pasó a la fase de juicio y la información disponible se hizo pública, pudieron las autoridades brasileñas obtener del Departamento de Justicia transcripciones de las reuniones del cártel que demostraban que América Latina y el Brasil estaban incluidas en la división del mercado mundial establecida por él. Las autoridades brasileñas pudieron así seguir adelante con sus propias investigaciones y finalmente sancionar al cártel.

¹² Véase S. Evenett, Can developing countries benefit from WTO negotiations on binding disciplines from hard core cartels?, UNCTAD consultant report (UNCTAD/DITC/CLP/2003/3); y OCDE, Hard core cartels: Recent progress and challenges ahead (CCNM/COMP/TR(2003)7).

¹³ Véase Chang, Deuk-Soo, "Suggestions for Enhancing Effectiveness of Cooperation on Competition Law and Policy at Regional Level from Korea's Experience", en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)*.

17. En el asunto *Vitaminas*, tras leer comunicados de prensa en los que se anunciaba el enjuiciamiento de este cártel en los Estados Unidos, las autoridades brasileñas encargadas de la competencia comenzaron su investigación de las filiales de algunas de las empresas involucradas. No obstante, lograron escasos progresos porque como el juicio aún no se había celebrado en los Estados Unidos, el Departamento de Justicia no podía dar a conocer la documentación, ya que existían restricciones en materia de confidencialidad (en parte debido al acuerdo de indulgencia concertado con una de las empresas). Sin embargo, con posterioridad algunas fuentes estadounidenses, especialmente del Departamento de Justicia, proporcionaron alguna información general de manera oficiosa (aunque el acuerdo de cooperación entre el Brasil y los Estados Unidos aún no se había concertado en esa época); una pista importante recibida era que el cártel de las *Vitaminas* funcionaba de manera muy similar al cártel de la *Lisina*. Las autoridades brasileñas encargadas de la competencia aún debieron realizar amplias investigaciones para obtener pruebas suficientes de que, de acuerdo con las instrucciones recibidas de sus sedes mundiales, las filiales brasileñas de esas empresas habían cartelizado el mercado brasileño y el resto del mercado de América Latina. En consecuencia, ordenaron que se sancionara a las empresas en cuestión, pero la resolución está aún en apelación.

18. Una importante consecuencia del caso de las *Vitaminas* se produjo en los Estados Unidos, y aclaró el alcance internacional de la legislación antimonopolio de ese país. Con arreglo a la "doctrina de los efectos", esta legislación se aplica a todo comportamiento realizado en el extranjero con la intención de producir -y que de hecho produce- algún efecto sustancial en los Estados Unidos. Esta doctrina del *common law* fue confirmada por la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio (Comercio exterior) de los Estados Unidos, de 1982, que estableció la norma general de que la Ley Sherman no se aplica al comercio exterior, a menos que la conducta tenga un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible sobre las importaciones, el comercio interno o los exportadores estadounidenses, y que el efecto sea de un tipo considerado perjudicial en los términos de la Ley Sherman. El reciente asunto *Empagran* se planteó a raíz de acciones privadas entabladas por empresas extranjeras radicadas en Australia, el Ecuador, Panamá y Ucrania, que compraban vitaminas en el extranjero a empresas productoras de vitaminas para su entrega fuera de los Estados Unidos, y que se veían afectadas por el cártel. Los demandantes extranjeros (junto con compradores radicados en los Estados Unidos) reclamaron a los participantes en el cártel el triple de los daños causados, en virtud de la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio (Comercio exterior), con respecto a los precios exagerados pagados por las vitaminas en los mercados extranjeros, con el argumento de que la conducta de los demandados también había producido efectos internos que habían dado lugar a reclamaciones antimonopolio por parte de los demandantes internos, lo que hacía que el caso quedara incluido en la "excepción de daño interno" prevista en la ley mencionada. Después de una resolución de un tribunal de apelación relativa a la jurisdicción, que fue favorable a los demandantes, el asunto pasó al Tribunal Supremo. El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (CFC) presentaron conjuntamente una comunicación *amicus curiae* (amigos del tribunal) para respaldar la petición de que se revocase la decisión **(entre otras cosas aduciendo que la disuasión se vería debilitada al reducirse el incentivo que tenían las partes que adoptaban una conducta anticompetitiva de solicitar indulgencia en virtud de estos programas de amnistía de los organismos de aplicación)**. Los Gobiernos de Alemania, Bélgica, el Canadá, Irlanda, el Japón, los Países Bajos y el Reino Unido también presentaron comunicaciones en que instaban a que no se permitiera a sus ciudadanos omitir los sistemas de

recursos de esos países en materia de daños causados por conductas antimonopolio, con lo que se alteraba el equilibrio de los intereses que sus respectivas legislaciones antimonopolio trataban de conciliar y se socavaban sus propios programas para hacer cumplir la legislación antimonopolio y de amnistía.

19. En una decisión adoptada por unanimidad, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que no era razonable aplicar la legislación antimonopolio de los Estados Unidos a una conducta que se observaba sobre todo en el extranjero, si dicha conducta ocasionaba perjuicio en el extranjero y sólo ese perjuicio daba lugar a la reclamación; se revocó la decisión del Tribunal de Apelación por considerarse que era incompatible con la intención del Congreso en que se había fundado la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio (Comercio exterior) y los principios de la cortesía **prescriptiva**, que aconsejaban evitar toda injerencia no razonable en la autoridad soberana de otros países¹⁴. El Tribunal Supremo rechazó el argumento de los demandantes de que autorizar a partes extranjeras a promover demandas ante los tribunales estadounidenses por daños sufridos en el extranjero por conductas anticompetitivas tendría escasas consecuencias prácticas en la observancia de la legislación antimonopolio extranjera porque muchos países habían adoptado leyes antimonopolio similares a las de los Estados Unidos. El Tribunal Supremo declaró que **no sólo persistían desacuerdos importantes entre los países sobre si la aplicación de las leyes antimonopolio regía para diferentes tipos de conducta comercial, sino también** que, aunque coincidían con respecto a los comportamientos principales, como la fijación de precios, había desacuerdos notables en cuanto a las medidas correctivas apropiadas. El Tribunal Supremo observó asimismo que la aplicación del resarcimiento de daños triples por conductas anticompetitivas en los Estados Unidos había generado una importante controversia **en el extranjero. El Tribunal también aceptó los argumentos planteados por los acusados y en las comunicaciones *amicus curiae* sobre los posibles efectos adversos de una interpretación amplia de la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio (Comercio exterior) en los incentivos para obtener amnistías para los cárteles.** No obstante, el fallo sólo se refería a situaciones en las que **la conducta anticompetitiva de forma independiente provocaba daños en el extranjero y dejó expresamente abierta la cuestión de si los tribunales de los Estados Unidos serían competentes por razón de la materia cuando un demandante demostrase que los efectos internos de la conducta del acusado tenía efectos en el extranjero. Por consiguiente, el caso fue remitido a un tribunal de apelación para que examinara la cuestión del argumento alternativo de los demandantes extranjeros de que los efectos en el extranjero y en el país del cártel estaban vinculados porque los primeros no habrían existido "de no ser por" los efectos adversos en el país, es decir que el aumento de los precios en los Estados Unidos había hecho aumentar los precios en todo el mundo, a fin de evitar el arbitraje del resto del mundo a los Estados Unidos. El Tribunal de Apelación rechazó este nexo "de no ser por" porque, aunque plausible, era demasiado indirecto, ya que la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio (Comercio exterior) exigía un vínculo causal directo entre la violación de las normas antimonopólicas y el perjuicio sufrido en el extranjero; la competencia existiría sólo cuando las denuncias de los demandantes extranjeros se basasen**

¹⁴ *F. Hoffman-LaRoche Ltd. c. Empagran S.A.*, N° 03-724 (Estados Unidos, 14 de junio de 2004), 614/04.

en los efectos en los Estados Unidos de la presunta conducta anticompetitiva¹⁵ El Tribunal observó que esta interpretación de la mencionada ley era conforme a los principios de la cortesía prescriptiva; otros países estaban en condiciones idóneas para decidir cómo proteger a sus ciudadanos de la conducta anticompetitiva de las empresas extranjeras.

B. Algunos casos del TLCAN y la OMC

20. La decisión en el asunto *UPS* adoptada por un tribunal arbitral del TLCAN guarda relación con la condición jurídica de las obligaciones derivadas del derecho internacional en cuanto a la política de competencia¹⁶. En ese caso, el demandante, radicado en los Estados Unidos, alegó que la Canada Post Corporation (CPC), de propiedad estatal, había adoptado prácticas anticompetitivas que incluían una conducta predatoria, ventas condicionadas, subvenciones cruzadas y utilización desleal de la infraestructura y la red monopólicas de la CPC para servicios postales ordinarios a fin de comercializar sus productos en el mercado de servicios de mensajeros (en los que no tenía monopolio), con ventajas que no se hacían extensivas a la filial canadiense de UPS. En consecuencia, UPS alegaba que el hecho de que el Gobierno del Canadá no hiciera cumplir su ley para controlar la conducta anticompetitiva de la CPC había contravenido sus obligaciones dimanantes de los artículos 1502, 1503 y **1105** del TLCAN¹⁷. El Canadá impugnó con éxito la competencia del Tribunal fundándose en que la obligación derivada del artículo 1505 no abarcaba la reglamentación de las prácticas anticompetitivas.

¹⁵ *Empagran S.A. c. F.Hoffmann-La Roche Ltd, D.C., cir. N° 01-7115, 28 de junio de 2005.*

¹⁶ *Arbitraje en virtud del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre United Parcel Services of America Inc. y el Gobierno del Canadá, Laudo sobre jurisdicción, 22 de noviembre de 2002.*

¹⁷ En el artículo 1502 del TLCAN se afirma el derecho de un miembro de designar monopolios privados o públicos, con sujeción a las restricciones de que: a) actúen de conformidad con las obligaciones previstas en el TLCAN; b) actúen solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado; c) otorguen trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas y a los bienes y a los proveedores de servicios al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, y d) no utilicen su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado. De conformidad con el artículo 1503, las empresas del Estado deben actuar conforme a las obligaciones previstas en el TLCAN respecto de las inversiones y los servicios financieros y deben mantener un trato no discriminatorio en sus ventas a inversionistas o inversiones del TLCAN y a no utilizar su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en mercados no monopolizados, inclusive mediante el suministro discriminatorio de bienes o servicios, subvenciones cruzadas o fijación abusiva de precios. En el artículo 1505 se establece que cada Parte concederá a las inversiones de los inversionistas de otra Parte un trato de conformidad con el derecho internacional, inclusive el trato justo y equitativo y plena protección y seguridad. En el artículo **1105** se dispone que cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

21. Al resolver esta cuestión relativa al alcance de la obligación impuesta por el artículo 1505, el Tribunal tuvo que determinar si existía en el derecho internacional consuetudinario la obligación de prohibir o reglamentar las prácticas anticompetitivas. Con este fin se basó en las comunicaciones presentadas por el Canadá, los Estados Unidos y México, en las que se alegaba que había una práctica estatal insuficiente para demostrar que existía tal regla consuetudinaria; los estudios de las leyes nacionales en materia de competencia indicaban que muchos Estados carecían de las leyes correspondientes (sólo 13 de 34 países del hemisferio occidental y aproximadamente 80 miembros de la OMC, y más de la mitad de las leyes se habían promulgado en los últimos 10 años), mientras que la legislación nacional, incluidas las de esos 3 países, presentaban grandes diferencias que reflejaban sus propios entornos económicos, sociales y políticos. El Tribunal también se basó en otros tres argumentos: a) que no había ninguna indicación en ningún elemento que el Tribunal tuviera ante sí de que la legislación nacional en materia de competencia se hubiera promulgado por existir la opinión de que había una obligación jurídica internacional de carácter general; b) que aunque el demandante había hecho referencia a cláusulas sobre trato justo y equitativo contenidas en tratados bilaterales de inversión, no había tratado de demostrar que esta práctica estatal reflejara la existencia de una obligación jurídica internacional de carácter general que, además, guardara relación con la cuestión específica de exigir controles sobre la conducta anticompetitiva; y c) que los tratados multilaterales y los procesos de codificación demostraban la ausencia de normas consuetudinarias, ya que los debates realizados en el marco de la OMC mostraban que los miembros sólo ahora estaban comenzando a abordar la posibilidad de negociar normas multilaterales en esta esfera (lo que se relacionaba con la ausencia, en los tratados de la OMC, de todo conjunto general de disposiciones que prohibiera o controlara la conducta anticompetitiva), mientras que no había ninguna referencia a la reglamentación de la conducta anticompetitiva en los proyectos de artículo sobre la denegación de justicia a los extranjeros o sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, que se habían presentado a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

22. Se puede establecer una comparación entre los asuntos *Empagran* y *UPS* por una parte, y el reciente asunto *Telmex* de la OMC por la otra¹⁸. Las reglas sobre el servicio de larga distancia internacional (LDI) establecían que Telmex (el mayor proveedor de servicios de telecomunicaciones de México) tenía que negociar tarifas de liquidación para las llamadas entrantes con los proveedores extranjeros y aplicar esa tarifa a la interconexión del tráfico de entrada procedente de los Estados Unidos; que Telmex tenía que ceder tráfico a los demás proveedores, o aceptar tráfico de ellos, según que su porcentaje del tráfico de entrada superase su porcentaje del tráfico de salida o fuera inferior a éste; y que con este objeto Telmex podía negociar con otros operadores "acuerdos de compensación financiera", que deberían ser aprobados por las autoridades mexicanas. Los Estados Unidos plantearon una reclamación, que prosperó, ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, alegando que las tarifas de acceso no estaban basadas en el costo y que México había establecido de hecho un cártel de

¹⁸ Véase *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones, Informe del Grupo Especial*, WT/DS204/R, 2 de abril de 2004; comentario crítico de P. Marsden, "WTO decides its first competition case, with disappointing results, Competition Law Insight, mayo de 2004.

operadores de telecomunicaciones autorizado por el Estado, que impedía la entrada de proveedores extranjeros, contraviniendo el Documento de Referencia.

23. Las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial se relacionaban en gran medida con la interpretación del Documento de Referencia, pero había muchas otras consideraciones que guardaban relación en general con la política de competencia. Una constatación fundamental era que el "mercado pertinente", según los términos del Documento de Referencia, era la terminación en México de las llamadas telefónicas procedentes de los Estados Unidos, en consonancia con el concepto de sustitución de la demanda, que era "fundamental en el proceso de definición del mercado seguido por las autoridades de la competencia". El Grupo Especial también resolvió que la expresión "prácticas anticompetitivas" sugería en general acciones que reducían la rivalidad o la competencia en el mercado; y que los ejemplos de "prácticas anticompetitivas" que figuraban en el Documento de Referencia ilustraban determinadas prácticas que se consideraban particularmente pertinentes en el sector de las telecomunicaciones. Aunque el Grupo Especial consideraba que todas esas prácticas podían ser llevadas a cabo solamente por un proveedor principal, dicho proveedor también podía estar integrado por diferentes empresas, y esto por sí solo sugería que la coordinación horizontal de los proveedores podía ser pertinente. El Grupo Especial también razonó que el significado de la expresión "prácticas anticompetitivas" estaba informado por su utilización en la legislación de los miembros de la OMC en materia de competencia; en la nota de antecedentes de la secretaría de la OMC se indicaba que numerosos miembros de la organización habían promulgado leyes en materia de competencia y que en ellas la expresión "prácticas anticompetitivas" a menudo designaba categorías de comportamiento ilegal y que, aunque la gama de las prácticas anticompetitivas prohibidas difería según los miembros, entre las prácticas ilegales de conformidad con las leyes sobre competencia figuraban cárteles tales como los acuerdos de fijación de precios o distribución del mercado, así como las limitaciones verticales y el abuso de una posición dominante. El Grupo Especial examinó también el panorama internacional a este respecto y observó que el significado de la expresión "prácticas anticompetitivas" y la importancia de controlarlas también habían sido informados o puestos de relieve por las disposiciones pertinentes de algunos instrumentos internacionales, como las referencias que ya figuraban en la Carta de La Habana y que ahora se incluían en el Conjunto, así como la Recomendación de la OCDE sobre los cárteles intrínsecamente nocivos que exhortaba a la prohibición rigurosa de los cárteles (esto era pertinente porque tanto México como los Estados Unidos eran miembros de la OCDE); y que en la labor del Grupo de Trabajo de la OMC se había hecho referencia a los efectos perniciosos de los cárteles intrínsecamente nocivos y al consenso que existía entre los funcionarios de los organismos encargados de velar por la competencia acerca de la necesidad de prohibirlos. En consecuencia, el Grupo Especial resolvió que el objeto y fin del Documento de Referencia apoyaba la conclusión de que la expresión "prácticas anticompetitivas", además de los ejemplos mencionados, abarcaba los acuerdos horizontales de fijación de precios y distribución del mercado concertados por proveedores que, a nivel nacional e internacional, por lo común se desalentaban o se desaprobaban.

24. En consecuencia, el Grupo Especial resolvió que las reglas LDI exigían que Telmex realizara prácticas que eran "anticompetitivas" en el sentido del Documento de Referencia. El Grupo Especial rechazó los argumentos de México de que esas medidas eran favorables a la competencia e impedían la conducta predatoria de participantes extranjeros, y que al mantener en vigor una ley sobre la competencia, se mantenían "medidas apropiadas" para prevenir las

prácticas anticompetitivas. El Grupo Especial también consideró que las doctrinas nacionales en virtud de las cuales una empresa que cumpliera una prescripción legislativa concreta quedaría inmunizada contra la constatación de que hubiera violado la legislación nacional sobre competencia no eran aplicables en ese caso porque, en virtud de los principios del derecho internacional público y de conformidad con la Convención de Viena, una exigencia impuesta por un miembro de la OMC a un "proveedor principal" de conformidad con su legislación nacional no podía erosionar unilateralmente las obligaciones internacionales asumidas en virtud de compromisos contraídos por ese miembro, incluidos en su lista, respecto de los demás miembros de la OMC, de prevenir que los proveedores principales "continúen con prácticas anticompetitivas". No obstante, el Grupo Especial declaró que, más allá de sus constataciones acerca de las prácticas horizontales de fijación de precios y distribución del mercado entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones básicas que compiten entre sí, la expresión "prácticas anticompetitivas" podía ser interpretada de manera diferente por distintos miembros de la OMC. **El Grupo tomó en cuenta las disposiciones del AGCS sobre trato diferencial y más favorable para los miembros que son países en desarrollo, pero rechazó el argumento de México de que era necesario condicionar el acceso a sus redes para fortalecer la infraestructura interna de telecomunicaciones del país, como se autorizaba a los países en desarrollo en virtud del Anexo, ya que México no había incluido ninguna limitación de ese tipo en su Lista de Compromisos Específicos y no había demostrado que las disposiciones anticompetitivas de fijación de precios y reparto del mercado constituyesen condiciones "razonables" y "necesarias" para favorecer estos objetivos de desarrollo. El Grupo destacó que sus constataciones no impedían en manera alguna que México persiguiese activamente esos objetivos de desarrollo, extendiendo sus redes y servicios de telecomunicaciones a precios accesibles de una manera compatible con los compromisos que había contraído en el marco del AGCS.**

III. CONSECUENCIAS Y TEMAS PARA UN POSIBLE EXAMEN

A. Enfoques comunes y diferencias

25. Durante los debates sobre un posible marco multilateral en materia de competencia dentro de la OMC, el Canadá sugirió que "Si bien la cooperación en sí puede ser voluntaria, se basa en determinados requisitos previos, en particular el de la confianza mutua. La confianza también es algo que no se puede imponer mediante acuerdo internacional, ni puede estar sujeta a reglas, pero un acuerdo internacional puede facilitar considerablemente la confianza al promover la convergencia entre los signatarios... El elemento clave a este respecto es fomentar que los países interesados se conozcan... A la larga, un acuerdo multilateral mediante el cual los países se comprometan a adoptar determinados enfoques comunes en materia de política de competencia sentaría las bases prácticas para hacer surgir la confianza al acrecentar la convergencia entre los miembros hacia las mejores prácticas en materia de competencia"¹⁹.

¹⁹ Véase el documento WT/WGTCP/W/174 de la OMC, de 2 de julio de 2001, en el que figura la comunicación del Canadá al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

26. El Canadá también indicó que la Recomendación sobre los cárteles intrínsecamente nocivos no tomaba una postura sobre si la legislación en materia de competencia en esa esfera debía basarse en prohibiciones propiamente dichas o en un criterio de razonabilidad, o debía imponer un marco jurídico civil o penal con respecto a la observancia, las sanciones o las multas, que eran cuestiones que habían de ser decididas por las autoridades nacionales; y que, en el curso de las negociaciones sobre la Recomendación, se había intentado definir los cárteles intrínsecamente nocivos de manera más detallada, pero se había abandonado este enfoque porque podía llevar a la elaboración de normas comunes, mientras que las necesidades y las circunstancias de los países miembros no eran idénticas, y un enfoque armonizado de ese tipo podría haber servido de base para determinar si la legislación de un miembro se ajustaba a la Recomendación²⁰. Asimismo, la República de Corea sugirió que, aunque la definición de cártel del Conjunto y de la Recomendación no diferían mucho en lo sustancial, era posible que el alcance de la primera fuera más amplio, ya que no formulaba explícitamente exenciones o autorizaciones y abarcaba explícitamente acuerdos anticompetitivos como las negativas colectivas a comerciar o el rechazo colectivo a la participación en una asociación, así como los acuerdos de fijación de precios "incluso con respecto a las importaciones y exportaciones"; no obstante, también se indicaba en este documento que "no se debe interpretar que en el Conjunto se excluyen otras formas de cárteles que no están incluidas en la lista, ni que en la Recomendación necesariamente se excluyen ciertas formas o tipos de cárteles, con inclusión de los cárteles de exportación o importación"²¹. **En un reciente informe de la RIC se señala que, si bien la interpretación básica de lo que constituye un cártel, sus efectos nocivos y la prioridad que se debe asignar a combatirlos es notablemente uniforme en todas las jurisdicciones, hay algunos enfoques diferentes de la definición y la aplicación de la prohibición de los cárteles, en particular sobre si se debe o no enumerar específicamente las conductas prohibidas, el alcance de las exenciones de la ley, si se deben incluir las conductas verticales y el nivel de prueba necesario para establecer una violación²².**

B. Cooperación sobre los casos, confidencialidad e indulgencia

27. Refiriéndose al caso *Lisina* y a casos similares, las autoridades del Brasil indicaron que "Pese a la firma del acuerdo internacional entre las autoridades brasileñas y estadounidenses, la fuente más valiosa de cooperación internacional sigue siendo la informal"²³. Por otro lado, el

²⁰ Véase el documento WT/WGTCP/W/201 de la OMC, de 12 de agosto de 2002, en el que figura la comunicación del Canadá al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

²¹ Véase el documento WT/WGTCP/W/225 de la OMC, en el que figura la comunicación de Corea al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, cárteles intrínsecamente nocivos y cooperación voluntaria: Cuestiones de observancia de orden conceptual y práctico.

²² Véase ICN Working Group on Cartels, "Defining Hard Core Cartel Conduct - Effective Institutions - Effective Penalties" en *Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regime*, vol. 1.

²³ Véase Evenett, *op. cit.*

antiguo jefe de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia indicó que, en el curso de la investigación de los casos **de los cárteles internacionales** *Lisina* y *Ácido cítrico*, el Departamento de Justicia no pudo compartir las pruebas descubiertas con relación a otros países, ya que esos países no habían firmado acuerdos de cooperación antimonopolio con los Estados Unidos²⁴. **En realidad un país en desarrollo ha expresado apoyo a los acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación de las políticas de la competencia celebrados con países desarrollados, ya que operaban en su territorio muchas empresas comerciales extranjeras o filiales de empresas extranjeras originarias de países desarrollados y en algunos casos era necesario convocarlas para que respondieran a denuncias o prestaran testimonio²⁵; también se han señalado más atrás las dificultades que ha experimentado la República de Corea debido a que los participantes en los cárteles no tenían sucursales en el país²⁶.** Asimismo, en un informe de la OCDE se sugiere que "la experiencia de Corea en el caso *Electrodos de grafito* pone de manifiesto las dificultades a las que puede enfrentarse un país que no obtiene la cooperación de uno de los conspiradores en un caso de cártel internacional. Corea también se ha visto afectada por la idea de que es en cierta medida un país en desarrollo y de que carece de experiencia sustancial en la aplicación de la legislación en materia de competencia"²⁷. Refiriéndose también a los casos *Electrodos de grafito* y *Vitaminas*, el informe indica que: "Es de suponer que estas confabulaciones afectaron a muchos países en todo el mundo, o a la mayoría de ellos, aunque los procedimientos se iniciaron sobre todo, si no exclusivamente, en países de la OCDE... La cooperación internacional entre los organismos encargados de la competencia se limitó en gran medida al intercambio de información pública, lo que, para los países que no contaban con la cooperación de una o más partes en el cártel no bastó para fundar una acción judicial... El éxito de los procedimientos en algunos países dependió directamente de los programas de indulgencia, pero una característica importante y bastante necesaria de esos programas -la estricta confidencialidad de la información derivada de una solicitud de indulgencia- impidió que esos pocos países compartiesen la información con sus homólogos extranjeros. Además, sólo unos pocos países se beneficiaron de programas de indulgencia. La coordinación de estos programas sería difícil, pero podría aumentar sustancialmente la cooperación contra los cárteles internacionales. La red de relaciones de cooperación bilateral y multilateral está aumentando, aunque muchos países siguen sin participar en ellas o en muchas de ellas, y por ello tienen menos posibilidades de beneficiarse de la cooperación internacional. Quizás el obstáculo más importante para la mejora de la cooperación son las limitaciones, justificadas en cierta medida, que afectan a la divulgación de información confidencial o protegida, obtenida en el curso de una investigación en materia de competencia".

²⁴ Véase "A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy", alocución pronunciada por J. L. Klein ante el Instituto Real de Asuntos Internacionales, Londres, 18 de noviembre de 1996 (mimeo).

²⁵ **Comunicación del Gobierno de Indonesia.**

²⁶ Véase también Chang, Deuk-Soo, *op.cit.*

²⁷ Véase CCNM/COMP/TR(2003)7.

28. Por el contrario, se ha sugerido que cuanto más internacional es un cártel y mayor el número de jurisdicciones que podrían castigarlo, menos incentivos habría para que sus participantes aprovecharan los programas nacionales de indulgencia²⁸. De hecho, en los Estados Unidos el éxito del programa de indulgencia del Departamento de Justicia depende cada vez más de los que deseen acogerse a él reciban garantías comparables de que no serán procesados o de que se aplicarán penas limitadas en otras jurisdicciones; por consiguiente, se ha recomendado que el Departamento de Justicia siga promoviendo enérgicamente las normas internacionales que pueden favorecer la eficacia de todos los programas de indulgencia y den todos los incentivos posibles para que particulares y empresas comuniquen sus propias conductas ilícitas²⁹. También cabe destacar en este sentido que muchos cárteles internacionales descubiertos en los últimos años por los organismos antimonopólicos federales de los Estados Unidos han celebrado sus reuniones en terceros países en un intento de sustraerse al procesamiento por dichas autoridades; además, se ha insinuado que se plantean inquietudes similares respecto de otros países que imponen penas más estrictas y fortalecen la lucha contra los cárteles³⁰. Se han hecho dos propuestas con objeto de superar esas dificultades relacionadas con los acuerdos de indulgencia y la aplicación: a) el ofrecimiento de programas de indulgencia a los miembros de cárteles en varias jurisdicciones a cambio de información sobre sus actividades en ellas; y b) la concesión a una empresa que obtiene una amnistía de una autoridad encargada de la competencia de otro miembro de la OMC de un trato similar si la empresa presenta la información facilitada a la primera autoridad y si facilita más información y la ayuda necesaria para garantizar un procedimiento judicial en la segunda jurisdicción³¹. En ese mismo informe se recalca que la concertación de un acuerdo internacional vinculante sobre la promulgación de una legislación en materia de cárteles y la determinación de las normas mínimas de aplicación en relación con los cárteles en cada jurisdicción tendría efectos secundarios positivos en otras jurisdicciones, ya que: a) el anuncio público en un país de acciones coercitivas en relación con los cárteles tiende a provocar el inicio de investigaciones por parte de los interlocutores comerciales, que se benefician por lo tanto de la aplicación activa de la legislación en el extranjero, y puede que esos beneficios vayan aumentando a medida que se intensifica la cooperación formal e informal entre las autoridades encargadas de la competencia; y b) las investigaciones en materia de cárteles dependen de la obtención de los testimonios y la documentación pertinentes y, en la medida en que un cártel internacional oculta esa documentación en una jurisdicción que no puede o no desea cooperar con las investigaciones extranjeras sobre las actividades del cártel, las acciones

²⁸ Véase M. Hviid y A. Stephan, *Leniency Undermined?* (mimeo), Centre for Competition Policy, University of East Anglia.

²⁹ Véase American Bar Association Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement 2004*, at http://www.abanet.org/antitrust/comments/2004/state_of_fed_enforc.pdf.

³⁰ Véase W. Kolasky, *Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience*, address to the Global Competition Law Centre, en <http://gclc.coleurop.be/documents/Kolasky%20-%20criminalizing%20cartel%20activity%208-04.pdf>.

³¹ Véase Evenett, *op. cit.*

de esta jurisdicción repercuten negativamente en los intereses de sus interlocutores comerciales. **En el informe se propone**, por lo tanto, **que** un acuerdo internacional puede contribuir a eliminar en cierta medida los refugios seguros para los cárteles nacionales e internacionales.

29. Por otro lado, Trinidad ha planteado la cuestión de si las economías más pequeñas serán capaces de disciplinar eficazmente a las grandes empresas multinacionales, habida cuenta de la asimetría de poder; en consecuencia, ha sugerido que es necesario descubrir medios nuevos y creativos para ayudar a los países en desarrollo, y en particular a las economías más pequeñas, a sacar provecho de un régimen de competencia por lo que respecta a las cuestiones transfronterizas³². Igualmente, se ha sugerido que las pequeñas economías no siempre pueden amenazar de manera verosímil con prohibir una fusión o un cártel de exportación de empresas extranjeras. En efecto, dado que el comercio en esas economías representa por lo general sólo una pequeña parte de las operaciones internacionales totales de la empresa extranjera, si se le aplican limitaciones significativas a su conducta, la empresa decidirá en la mayoría de los casos abandonar esa pequeña economía, lo que tendría en definitiva consecuencias sociales negativas. Asimismo, puede que se produzca una resistencia política por parte de los países de origen de esas empresas extranjeras³³. En ese mismo informe se sugiere que las normas armonizadas que se basan para su aplicación en medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción perjudicada serían desfavorables para las economías pequeñas y no responderían a sus preocupaciones sobre la conducta extraterritorial con efectos negativos en sus mercados nacionales, de manera que esas normas armonizadas deberían incluir una norma que impidiera todos los cárteles de exportación. **En el curso de las deliberaciones de la RIC, los oradores de países en desarrollo recomendaron que sería beneficioso para los países de esa categoría que el Grupo de Trabajo sobre los Cárteles diese prioridad en sus actividades a las cuestiones relacionadas con el intercambio de información y que debería examinar la función y la condición jurídica de los cárteles de exportación**³⁴. Cabe señalar a este respecto que desde hace tiempo se recomienda que todos los países revoquen la inmunidad que conceden a los cárteles de exportación, ya que ese comportamiento sería ilícito si estuviera dirigido al mercado interno³⁵, o que los cárteles de exportación se prohíban a menos que demuestren que pueden servir para superar una auténtica barrera a la competencia en el país importador o puedan invocar razones de eficiencia³⁶. No obstante, como se ha señalado en el caso *Empagran*, los países afectados por los cárteles internacionales pueden mostrarse reticentes a aplicar sanciones o leyes

³² Véase el documento WT/WGTCP/W/143 de la OMC, de 2 de agosto de 2000, en el que figura la comunicación de Trinidad y Tabago al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia.

³³ Véase el documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)42, Competition policy in small economies presentado por M. Gal en el Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia.

³⁴ Véase S. Evenett y M. Gal, *A Report on the Third Annual Conference of the International Competition Network, 2004*.

³⁵ Véase American Bar Association, *Special Committee Report on Antitrust* (1991).

³⁶ Véase el documento de la OCDE *Obstacles to Trade and Competition*, París, 1992.

extranjeras a esos cárteles. Además, incluso a falta de exclusiones explícitas, el alcance de la legislación en materia de competencia no abarca por lo general las prácticas que afectan únicamente a los mercados extranjeros.

C. Temas para un posible examen

30. Si bien algunas de las observaciones o sugerencias mencionadas se refieren a un posible marco multilateral en materia de competencia dentro de la OMC, éstas pueden aplicarse a las disposiciones de otros posibles instrumentos multilaterales, así como a acuerdos bilaterales y regionales. Por lo tanto, **en esta sección se proponen algunos temas y cuestiones que pueden considerar la Conferencia de Examen y el Grupo de Expertos en futuros períodos de sesiones para determinar el modo en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia pueden aplicarse a los países en desarrollo, en particular mediante un trato preferencial o diferenciado.**

31. **Sobre la base de importantes iniciativas en materia de aplicación, en algunos casos acompañadas de una cooperación oficiosa, el organismo de defensa de la competencia del Brasil (que es uno de los más experimentados de los países en desarrollo) y su par de la República de Corea han logrado algunos resultados favorables al tomar medidas contra cárteles internacionales que los afectaban. Sin embargo, la mayor parte de la cooperación internacional registrada en dos de estos casos de cárteles se limitó a intercambiar información que era de dominio público y que era insuficiente para sustentar procesos en que los organismos de defensa de la competencia no contaran con la cooperación de una o más partes en el cártel³⁷. La República de Corea experimentó estas dificultades a pesar de que, como miembro de la OCDE, ha adoptado todas las recomendaciones pertinentes de esa organización sobre la cooperación en este ámbito, en particular la relativa a los cárteles intrínsecamente nocivos y la recomendación revisada del Consejo de la OCDE respecto de la cooperación entre los Estados miembros sobre prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional³⁸. En años recientes, ha celebrado varios acuerdos de cooperación para la aplicación de la normativa y acuerdos de libre comercio en que se disponen diferentes grados de cooperación; ninguno de ellos (como la mayoría de los acuerdos) contienen disposiciones sobre el intercambio de información confidencial, cuya falta se ha señalado como obstáculo para una adecuada cooperación para la aplicación³⁹. Por consiguiente, los gobiernos pueden considerar conveniente examinar las funciones relativas y la importancia de los acuerdos vinculantes frente a la cooperación informal y los esfuerzos nacionales en materia de observancia al abordar las diferentes dificultades para la aplicación con que tropiezan los países en desarrollo en casos de prácticas comerciales restrictivas con elementos internacionales. En aquellos casos, por ejemplo, en que el organismo de defensa de la competencia de un país en desarrollo con experiencia, recursos,**

³⁷ Véase Chang, Deuk-Soo, "Suggestions for Enhancing Effectiveness of Cooperation on Competition Law and Policy at Regional Level from Korea's Experience", en UNCTAD, *Trade and Competition Issues: experiences at regional level (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1)*.

³⁸ Adoptadas los días 27 y 28 de julio de 1995 (C(95)130/FINAL).

³⁹ Véase Chang, Deuk-Soo, *op.cit.*

instrumentos jurídicos o poder de negociación limitados desea convocar a empresas con sede en el extranjero o filiales de empresas extranjeras para que respondan a las denuncias o presten testimonio, o desea detectar si esas firmas han recurrido a prácticas anticompetitivas, o desea aplicar recursos o sanciones a esas entidades, ¿qué técnicas de aplicación de la ley podría utilizar de forma realista, y qué tipo de asistencia técnica podría serle de utilidad con tal fin? ¿Qué tipo de cooperación oficiosa (incluida la provisión de qué tipo de información no confidencial) tendría fácilmente a su disposición o podría necesitar de otros organismos de defensa de la competencia en esas situaciones, y en qué medida sería suficiente para corregir esos problemas de aplicación de la ley? ¿Para qué tipo de problema sería necesario que los países en desarrollo celebrasen acuerdos vinculantes en este terreno con otros países, y qué tipos de disposiciones de esos acuerdos serían realmente útiles para tratar de solucionar esos problemas? ¿Hasta qué punto y en qué condiciones estarían dispuestos otros países a firmar acuerdos de cooperación con países en desarrollo en que se disponga, por ejemplo, que se deberán notificar las actividades anticompetitivas que afectan a un país en desarrollo aun cuando no se haya violado de ninguna manera la legislación del país notificante, o que se deberá prestar asistencia para las investigaciones o intercambiar información confidencial a reserva de las salvaguardias correspondientes? Cabe recordar en este sentido que en el párrafo E.4 del Conjunto de Principios y Normas se dispone que los Estados deberían procurar adoptar las medidas correctivas o preventivas adecuadas para impedir o controlar el uso de prácticas comerciales restrictivas dentro del ámbito de su competencia, o ambas cosas, cuando comprueben que tales prácticas afectan desfavorablemente al comercio internacional y en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo; y en el párrafo E.9 se establece que los Estados deberían, cuando se les pida, o por propia iniciativa cuando comprendan que ello es necesario, proporcionar a otros Estados, particularmente en el caso de los países en desarrollo, la información disponible públicamente y, en la medida en que sea compatible con su legislación y con su política oficial establecida, la demás información que necesite el Estado receptor interesado para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas.

32. Existe una importante cooperación procesal en la política de la competencia, principalmente entre algunos países o regiones desarrollados, a pesar de las significativas diferencias entre sus enfoques de fondo; no resulta claro en qué medida los compromisos esenciales contenidos en acuerdos vinculantes han sido condiciones previas para dicha cooperación. Por su parte, en varios acuerdos de libre comercio y acuerdos de asociación económica, sobre todo entre países desarrollados y en desarrollo (incluidos los examinados en el presente informe), se incluyen compromisos de fondo de diferentes tipos y grados en el ámbito de la política de la competencia; tampoco queda claro en qué medida esos compromisos han favorecido hasta el presente la cooperación en los procesos sobre asuntos de competencia. Podría ser necesario aclarar, por ejemplo, a) si la especificación de normas mínimas para la prohibición de los cárteles y/o la aplicación en un acuerdo internacional (de manera de abordar las divergencias que existen en la actualidad) podría ayudar a las autoridades de defensa de la competencia de los países en desarrollo a identificar cárteles nacionales o internacionales y a aplicar medidas en su contra, teniendo en cuenta los recursos y los conocimientos disponibles, el posible interés de los participantes en esos cárteles en acogerse a los programas de indulgencia de los países en

desarrollo, la posible disponibilidad de documentos importantes o de testigos potenciales en los países en desarrollo y los medios para acceder a ellos, la capacidad de los países en desarrollo de aplicar su legislación fuera de sus fronteras, y el poder de negociación frente a las grandes empresas; y b) si una disposición de un acuerdo de libre comercio en que se disponga la no discriminación en la política de la competencia realmente serviría para impedir la discriminación en la práctica o si, por el contrario, podría alentar las denuncias de discriminación contra las autoridades de defensa de la competencia carentes de experiencia. Por consiguiente, los gobiernos puede estimar conveniente examinar: la magnitud, el grado y la especificidad de los compromisos esenciales en los posibles acuerdos internacionales respecto del contenido o la aplicación de la legislación nacional; las divergencias concretas en los criterios de la política de la competencia que disuaden (o podrían disuadir) qué tipos de cooperación sobre procedimientos en qué tipos de casos; en qué medida los compromisos de fondo podrían lograr promover la convergencia en la práctica y al mismo tiempo dar a los países en desarrollo los medios para hacer frente a sus problemas de aplicación más eficazmente; por el contrario, hasta qué punto la falta de esos compromisos de fondo o su carácter limitado podrían tener un efecto adverso sobre la confianza mutua y la cooperación internacional (existan o no divergencias importantes de enfoque); y la asistencia técnica adecuada para ayudar a los países en desarrollo a cumplir con los compromisos de fondo o a poner en marcha una cooperación en materia de procesamiento. Esas deliberaciones podrían tener en cuenta: el contenido de las disposiciones de fondo incluidas en los instrumentos internacionales vigentes; las vinculaciones o los equilibrios entre esas disposiciones de fondo, la cooperación sobre procedimientos en casos específicos y la solución de controversias; la experiencia adquirida hasta la fecha en la interpretación jurídica y la aplicación de las disposiciones de fondo y sobre procedimientos de dichos instrumentos internacionales; los enfoques comunes y las divergencias en las políticas de la competencia que se aplican actualmente a nivel nacional y regional (en particular, sobre las excepciones y exenciones) y las posibles tendencias futuras al respecto; y la falta de experiencia, conocimientos y poder de negociación de muchos países en desarrollo en esta esfera. Cabe recordar en este sentido que en el párrafo 8 del Consenso de São Paulo se establece lo siguiente: "Corresponde a cada gobierno evaluar si resulta más beneficioso aceptar las normas y compromisos internacionales a cambio de las limitaciones que suponen por la pérdida de espacio normativo. Es particularmente importante para los países en desarrollo, teniendo presente las metas y objetivos de desarrollo, que todos los países tengan en cuenta la necesidad de un equilibrio adecuado entre el espacio normativo nacional y las disciplinas y compromisos internacionales".

33. Los gobiernos también pueden estimar necesario examinar a qué iniciativas podría recurrirse para derribar los obstáculos a la cooperación internacional que surgen de las limitaciones sobre la confidencialidad y los posibles desincentivos a las empresas para que comuniquen sus propias prácticas a fin de beneficiarse de los programas nacionales de indulgencia (porque esos programas no los pondrían al abrigo de una aplicación internacional más generalizada y efectiva); o por el contrario, si los incentivos para que los países con una aplicación eficaz en este ámbito colaboren con países que tienen sistemas de aplicación menos eficaces (principalmente los países en desarrollo) se intensificarían porque el éxito de los programas nacionales de indulgencia dependen cada vez más de que los que deseen acogerse a ellos reciban garantías comparables de que no serán procesados o

de que se aplicarán penas limitadas en otras jurisdicciones; si el hecho de que al parecer cada vez con más frecuencia los cárteles internacionales celebran sus reuniones en países que no tienen un sistema eficaz de aplicación de la normativa anticártel podría servir de incentivo adicional para fortalecer la cooperación internacional; y qué iniciativas podrían adoptarse en materia de asistencia técnica, condiciones adecuadas en los acuerdos de cooperación o la colaboración respecto de los programas de indulgencia para que los incentivos sean realmente eficaces.

34. Otras cuestiones que los gobiernos pueden examinar son: qué posibilidades y condiciones existirían para aplicar las leyes de la competencia a las prácticas comerciales restrictivas que afectan a los mercados extranjeros, en particular en situaciones en que existen vínculos entre los efectos internos y externos de dichas prácticas; e incluso en situaciones en que podría no ser posible demostrar esos vínculos, en qué medida los países con más experiencia en esta esfera podrían estar aún dispuestos a tomar medidas de aplicación para ayudar a los países en desarrollo a la luz del párrafo E.4 del Conjunto. Como se señaló más atrás, en el caso *Empagran*, varios países desarrollados lograron oponerse a la intervención de los tribunales estadounidenses respecto del daño sufrido por los mercados de estos países a raíz de las actividades de un cártel internacional, aduciendo que se verían socavados sus propios programas de aplicación de la Ley antimonopolios y de sus programas de amnistía. Convendría aclarar si los países en desarrollo con sistemas de ejecución menos eficaces en este ámbito se opondrían o aceptarían de buen grado la intervención de países con más experiencia respecto de las prácticas comerciales restrictivas que emanan de terceros países y que afectan a los mercados de los países en desarrollo. Ya se han señalado algunas propuestas contenidas en informes de la OCDE sobre cómo podría tratarse la cuestión de los cárteles de exportación. Al respecto, cabe recordar también que en párrafo C.7 del Conjunto, que se ocupa del trato preferencial o diferencial a favor de los países en desarrollo, se dispone que, a fin de asegurar su aplicación equitativa, los Estados, en particular los de los países desarrollados, deberían tener en cuenta, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, especialmente para los fines de los países en desarrollo en cuanto a fomentar el establecimiento o desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía y favorecer su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o globales entre países en desarrollo.

35. Los Gobiernos también podrían determinar cómo favorecer la cooperación entre los países en desarrollo en el ámbito de la política de la competencia, a la luz de los párrafos C.7 y E.7 del Conjunto (este último contiene disposiciones sobre la cooperación regional y subregional en este terreno mediante el intercambio de información sobre prácticas comerciales restrictivas o sobre la aplicación de leyes de control de dichas prácticas, y mediante una asistencia mutua respecto de dicho control)⁴⁰; y cuál sería para la UNCTAD la mejor manera de aplicar el párrafo 104 del Consenso de São Paulo (en que se dispone que la organización debería potenciar aún más la labor analítica y las actividades de fortalecimiento de la capacidad para ayudar a los países en desarrollo en

⁴⁰ Véase TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3.

cuestiones relacionadas con el derecho y la política de la competencia, inclusive a nivel regional), teniendo en cuenta cómo se podría mejorar la coordinación del trabajo de los diversos órganos internacionales en esta esfera.

36. Hasta la fecha, el Conjunto de Principios y Normas es el único instrumento multilateral con carácter universal en el ámbito del derecho y la política de la competencia que define normas comúnmente acordadas en esta esfera. Aunque no es jurídicamente vinculante, tiene la autoridad y la legitimidad política de una resolución de la Asamblea General aprobada por unanimidad. La Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar el Conjunto, que se celebró en 2000, reafirmó su validez, pidió a todos los Estados Miembros que aplicaran sus disposiciones y reafirmó también la función básica del derecho y la política de la competencia para un sólido desarrollo económico. Por lo tanto, todo examen de las cuestiones antes mencionadas debería tener debidamente en cuenta las disposiciones del Conjunto; éste **podría** utilizarse como guía o marco en relación con la forma en que los posibles acuerdos internacionales en materia de competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo (en particular, mediante el trato preferencial o diferencial). También han de tenerse en cuenta, cuando proceda, las disposiciones pertinentes de los acuerdos de la OMC, sobre todo las disposiciones relacionadas con el trato especial y diferenciado y los esfuerzos que se están realizando por fortalecerlas y hacerlas más precisas, efectivas y operativas. Ese examen puede ayudar a aumentar la coherencia y la coordinación entre las legislaciones internas y los distintos niveles o formas de cooperación internacional en esa esfera. También **podría** contribuir a la elaboración y **presentación permanente de tipos de disposiciones comunes que se incluirían en acuerdos de cooperación internacionales, en particular de carácter bilateral y regional, sobre política de la competencia y su aplicación.**
