



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.3
7 de mayo de 2007

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Séptimo período de sesiones
Ginebra, 17 a 19 de julio de 2007
Tema 3 i) del programa provisional

**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 obtener 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; el daño causado por los cárteles de exportación y los cárteles internacionales; el grado de adecuación de las actuales disposiciones en materia de competencia de los acuerdos de cooperación y los acuerdos comerciales regionales a las necesidades y la capacidad de los países en desarrollo; los ejemplos de cooperación satisfactoria en esa esfera; las interrelaciones entre política de competencia y comercio, inversión, industrias nacientes, política industrial y reglamentación; las posibilidades de cooperación entre las autoridades de defensa competencia y las autoridades comerciales en los casos relativos a fusiones internacionales; y el aumento de la coordinación entre los distintos organismos internacionales. Los gobiernos podrían examinar estas cuestiones, con arreglo al marco establecido por la Quinta Conferencia de Examen, para determinar la forma en que podrían aplicarse los posibles acuerdos bilaterales, regionales, plurilaterales o multilaterales sobre la competencia a los países en desarrollo. Ese 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 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 un posible marco multilateral sobre la competencia, que ya se ha examinado formalmente 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 para la aplicación de la política de la competencia	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	16
III. CONSECUENCIAS Y TEMAS PARA UN POSIBLE EXAMEN.....	25 - 37	19
A. Enfoques comunes y diferencias.....	25 - 26	19
B. Cooperación sobre los casos, confidencialidad e indulgencia..	27 - 31	20
C. Temas para un posible examen	32 - 37	25

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 a más tardar el 31 de enero de 2005, con el fin de presentarlos a la 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 Restrictivas². La Conferencia de Examen tomó nota con aprecio de la documentación preparada por la secretaría de la UNCTAD para la Conferencia, y pidió a la secretaría que revisase algunos documentos, entre ellos el TD/RBP/CONF.6/9, teniendo en cuenta las observaciones de los Estados miembros formuladas en la Conferencia, o que se enviaran por escrito a más tardar el 31 de enero de 2006 para su presentación al Grupo de Expertos en su próximo período de sesiones³. En consecuencia, se preparó una versión revisada del informe para el séptimo período de sesiones del Grupo de Expertos (31 de octubre a 2 de noviembre de 2006), en la que se pedía a la secretaría de la UNCTAD que revisara y actualizara los documentos teniendo en cuenta las observaciones formuladas por los Estados miembros en el séptimo período de sesiones o que hubieran de enviarse por escrito a más tardar el 31 de enero de 2007 para su presentación al

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.

³ Véase la resolución aprobada por la Conferencia en su sesión plenaria de clausura celebrada el 18 de noviembre de 2005, 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, celebrada en Antalya (Turquía), del 14 al 18 de noviembre de 2005 (TD/RBP/CONF.6/14, párr. 10). Los Gobiernos del Canadá, Serbia y Montenegro, Trinidad y Tabago y los Estados Unidos presentaron comunicaciones por escrito en relación con el presente informe.

Grupo de Expertos en su octavo período de sesiones⁴. 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 podrían 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. El presente informe revisado debe leerse en forma conjunta con otros tres informes de la secretaría de la UNCTAD que fueron preparados para la Conferencia de Examen, de las cuales las dos primeras ya se han revisado para el séptimo período de sesiones del Grupo de Expertos: 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.5); 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.3); 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 dichas disposiciones (TD/RBP/CONF.6/3). También tienen 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 ámbito⁵, y el libro de la UNCTAD titulado "*Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trading Agreements: Is it possible to obtain development gains? (Aplicación de las disposiciones relacionadas con la competencia de los acuerdos comerciales regionales: ¿es posible conseguir ventajas en materia de desarrollo?*" (UNCTAD/DITC/CLP/2006/4).)

2. 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 UNCTAD⁶ o en otros documentos citados, en este informe no se dan las referencias completas, salvo en algunos

⁴ Véase el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la UNCTAD sobre su séptimo período de sesiones (TD/B/COM.2/CLP/57), Conclusiones convenidas, párr. 8. Se ha recibido del Gobierno del Brasil una comunicación escrita que guarda relación con el informe.

⁵ 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).

⁶ 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).

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 Restrictivas⁷. 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.

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 por 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 por 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 estar redactadas de forma poco precisa y 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 (Estados Unidos y 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 para el cumplimiento de las políticas de competencia de la otra parte, hasta donde sea compatible con la respectiva legislación e intereses importantes y en el marco de los recursos razonablemente disponibles; posibilidad de coordinar la acción contra prácticas anticompetitivas conexas que se

⁷ Resolución 35/63 de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1980 (TD/RBP/CONF/10/Rev.2).

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)⁸. El acuerdo entre el Brasil y los Estados Unidos también prevé la colaboración en actividades de cooperación técnica.

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. (Sin embargo, cabe señalar que el Tratado de asistencia judicial mutua (MLAT) concertado entre los Estados Unidos y el Brasil prevé la prestación de asistencia y el intercambio de información confidencial en asuntos penales. Los MLAT se han utilizado como medio de cooperación en las investigaciones de cárteles.) 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; la posibilidad de intercambiar información confidencial 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 la legislación, 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 para la

⁸ 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 afecten a sus exportadores.

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 un acuerdo 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", por las que se entiende 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 modificación de esa legislación, y cualquier otra ley que las Partes acuerden conjuntamente que sea aplicable. Estas "actividades anticompetitivas" comprenden (pero no se limitan a) los cárteles, el abuso de la 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 cuasi judiciales justos 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, 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. En el marco del grupo encargado de las negociaciones sobre política de la competencia de la Zona de Libre Comercio de las Américas, la posición de Trinidad y Tabago es la de que convendría incluir el trato especial y diferenciado en el primer nivel del acuerdo, de modo que las economías pequeñas puedan adoptar, de manera flexible y

progresiva, disposiciones sobre la política de competencia; y las "disposiciones transitorias" formarían parte, aunque no en su totalidad, del trato especial y diferenciado⁹.

7. Prácticamente todos los acuerdos comerciales regionales celebrados por la Unión Europea incluyen disposiciones sobre política de competencia, pero su naturaleza y alcance varían. Todos los acuerdos euromediterráneos disponen que determinadas prácticas (que se describen 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 cuestión¹⁰. 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 ninguna indicación de 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 los de las normas sobre competencia de la Unión Europea (y que se asemejan a las del derecho de la competencia de Sudáfrica) para describir 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 sustancial de éste. También se prevén consultas obligatorias cuando así se solicite, el intercambio de información no confidencial, la prestación de asistencia técnica y la 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,

⁹ Comunicación del Gobierno de Trinidad y Tabago.

¹⁰ La Unión Europea ha celebrado acuerdos con Argelia, la Autoridad Palestina, Egipto, Israel, Jordania, el Líbano, Marruecos y Túnez.

restringir o distorsionar la competencia y prohibir el abuso de una 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 de un 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 las actividades anticompetitivas 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 adecuadas. 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 deben revisarse periódicamente para determinar si son necesarias y si no son más amplias de lo preciso para lograr sus objetivos de políticas fundamentales. Los miembros deben informar anualmente a la OCDE de toda exclusión o categoría de autorización nueva o ampliada. Se invita a los países que no son miembros a que se sumen a esta recomendación.

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 (*Guiding Principles and Recommended Practices on Merger Notification and*

Review Procedures). 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. El Grupo estará integrado por 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 procesales, 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 las normas. El producto de la labor de la RIC no es vinculante pero ayuda a mejorar la cooperación y la convergencia mediante el desarrollo y el intercambio de prácticas óptimas en el plano internacional.

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 relacionadas con la competencia¹¹. 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 e) disposiciones sobre la prestación de asistencia técnica. Otras disposiciones dentro de estos cinco grupos se refieren concretamente a los países menos adelantados¹². 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 operativas¹³.

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 (sobre medidas 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 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 los

¹¹ 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).

¹² 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.

¹³ 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.

proveedores considerados, individual o conjuntamente, "proveedores importantes" 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" comprenden 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".

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 plantean de otro modo cuestiones que los afectarían¹⁴. 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. Las investigaciones relativas a los *Electrodos de grafito* y las *Vitaminas* contaron con el apoyo de la información presentada en el marco de su programa de indulgencia. Posteriormente,

* El Gobierno de los Estados Unidos pidió, en relación con la versión anterior del presente documento (TD/RBF/CONF.6/9/Rev.1-TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2), que se suprimiera el texto siguiente en la sección A: en el párrafo 14, la frase "esa información no bastaba para fundar un enjuiciamiento por parte de la Comisión de Comercio Leal de Corea"; todo el párrafo 15; en el párrafo 16, toda la segunda oración así como las palabras: "Sin embargo ... alguna ... general" y en la tercera oración "una pista importante recibida era que el cártel de las *Vitaminas* funcionaba de manera muy similar al cártel de la *Lisina*".

¹⁴ 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).

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 (KFTC), tras tomar conocimiento de estos procesos, abrió una investigación sobre los *Electrodos de grafito*¹⁵. Inicialmente trató de pedir a los sospechosos de participar en el cártel que presentaran pruebas para la investigación¹⁶. 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 esas solicitudes de información¹⁷. Posteriormente, solicitó información a los organismos extranjeros encargados de la competencia que habían enjuiciado al cártel¹⁸. Aunque algunos de ellos respondieron de manera positiva, la única información que proporcionaron ya era de conocimiento público¹⁹. Si bien se contó con una cantidad relativamente importante de información procedente del juicio penal en los Estados Unidos, según un informe de la OCDE esa información no bastaba para fundar un proceso por parte de la Comisión de Comercio Leal de Corea²⁰. Según el informe, la Comisión finalmente pudo imponer penas a seis de las empresas extranjeras involucradas, pero sólo después de dedicar tiempo y esfuerzos enormes a la investigación²¹.

16. Respecto del asunto *Lisina*, en un informe presentado por el Brasil al Foro Mundial sobre la Competencia, de la OCDE, se señala que 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, según el informe sólo después de que el caso pasó a la fase de juicio y la información disponible se hizo pública pudieron las autoridades brasileñas obtener 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, según el informe, seguir adelante con sus propias investigaciones y finalmente sancionar al cártel²².

¹⁵ Véase OCDE, *Hard core cartels: Recent progress and challenges ahead* (CCNM/COMP/TR(2003)7).

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.* Véase también 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).

²⁰ Véase OCDE, *op. cit.*

²¹ Véase OCDE, *op. cit.*

²² Véase OCDE, Foro Mundial sobre la Competencia, de la OCDE, comunicación del Brasil, 29 de enero de 2002, CCNM/GF/COMP/WD(2002)3. Documento preparado por Cleveland Prates Teixeira (Coordinador General de Defensa de la Competencia), Pedro de Abreu

17. En cuanto al asunto *Vitaminas*, el mismo informe presentado por el Brasil al Foro Mundial sobre la Competencia, de la OCDE, señala que 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, el informe indica que las autoridades brasileñas lograron escasos progresos porque, según el informe, como el juicio aún no se había celebrado en los Estados Unidos, no se podía dar a conocer la documentación, ya que existían restricciones en materia de confidencialidad²³. Sin embargo, según el informe, con posterioridad algunas autoridades estadounidenses 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); según el informe, una pista importante recibida era que el cártel de las *Vitaminas* funcionaba de manera muy similar al cártel de la *Lisina*²⁴. El informe señala que 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 dio en los Estados Unidos; se trata del reciente asunto *Empagran*, que aclaró el alcance internacional de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos. Asunto *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. c. Empagran S.A.*, 124 S. Ct 2359 (2004). Con arreglo a la Ley Sherman, existen dos criterios principales para determinar la competencia por razón de la materia en los casos de comercio exterior. Con respecto al comercio de importación, la Ley Sherman se aplica a la "conducta en el extranjero que pretenda producir y que de hecho produzca un efecto importante en los Estados Unidos". Asunto *Hartford Fire Insurance Co. c. California*, 113 Ct. 2891, 2909 (1981). Con respecto al comercio exterior distinto de las importaciones, la jurisdicción de la Ley Sherman está determinada por la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio de 1982 (FTAIA) de los Estados Unidos. Con arreglo a esta ley, la Ley Sherman se aplica a la conducta de una empresa extranjera únicamente cuando: 1) esa conducta tenga un efecto directo, importante y razonablemente previsible sobre el comercio de los Estados Unidos; y 2) ese efecto dé lugar a una reclamación con arreglo a la Ley Sherman. El asunto *Empagran* estaba relacionado con la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio y consistió en una acción privada de indemnización triple por daños y perjuicios entablada por empresas extranjeras con base en Australia, el Ecuador, Panamá y Ucrania. Esencialmente, el tribunal debía determinar en qué medida los demandantes extranjeros podían entablar demandas en virtud de la Ley Sherman para exigir reparación por los daños ocasionados por un cártel que en su conjunto tenían efectos directos, importantes y razonablemente previsibles en el comercio estadounidense, pero que las reclamaciones de los demandantes no resultan de esos efectos internos. Una vez que el Tribunal de Apelación se pronunció en cuanto a la jurisdicción, favorablemente a los demandantes, el

e Lima Florêncio (Coordinador de Defensa de la Competencia) y Susana Salum Rangel (Auxiliar administrativa de la Coordinación General de Defensa de la Competencia).

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

asunto pasó al Tribunal Supremo. El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de (CFC) presentaron conjuntamente una comunicación *amicus curiae* para respaldar la petición de que se revocara la decisión, aduciendo que una interpretación tan amplia de la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio aumentaría considerablemente la posibilidad de exigir una triple indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales de los Estados Unidos y disuadiría así a los miembros de los cárteles internacionales de que solicitaran una amnistía contra la persecución penal por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Ello, a su vez, menoscabaría la eficacia del programa de aplicación de la legislación anticártel de los Estados Unidos. También afirmaron que la decisión del Tribunal de Apelación podría además perjudicar las relaciones de cooperación para la aplicación de la ley, que los Estados Unidos habían entablado con gobiernos extranjeros. 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 eludir los sistemas de recursos de esos países por daños causados por procedimientos 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 el cumplimiento de la legislación antimonopolio y de amnistía.

19. El Tribunal Supremo revocó, por unanimidad, la decisión del Tribunal de Apelación, por considerar que la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio no admitía demandas antimonopolio basadas únicamente en daños ocasionados en el extranjero que fueran independientes de los efectos internos de la conducta anticompetitiva impugnada. El Tribunal adujo dos razones principales para llegar a esa conclusión: la importancia de interpretar estatutos ambiguos para evitar toda injerencia no razonable en la autoridad soberana de otros Estados (cortesía prescriptiva) y la fidelidad a la intención del Congreso de no *ampliar* de ninguna manera significativa, el alcance de la Ley Sherman que se aplica al comercio exterior. *Empagran*, 2366-2369. El Tribunal Supremo rechazó el argumento de los demandantes de que autorizar a partes extranjeras a interponer 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. El Tribunal también rechazó las afirmaciones del demandante de que su interpretación de la Ley de mejoras contribuiría a disuadir la creación de cárteles, y tomó nota de los importantes argumentos respaldados por la experiencia (basada en los incentivos para solicitar amnistías) aducidos por los demandados, por el Gobierno de los Estados Unidos y por gobiernos extranjeros. *Empagran*, pág. 2372. El Tribunal Supremo se negó a examinar la teoría alternativa de los demandantes de que el perjuicio ocasionado en el extranjero no era independiente y que los efectos internos de la conducta anticompetitiva estaban vinculados al perjuicio ocasionado en el extranjero. El Tribunal Supremo devolvió el asunto al Tribunal de Apelación para que examinara la cuestión. El Tribunal de Apelación estuvo de acuerdo con la posición del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (CFC) de que el texto de la Ley de mejoras de la legislación antimonopolio exige que exista una causa directa entre el perjuicio

ocasionado en el extranjero y los efectos internos y determinó que los demandantes no habían alegado hechos que pudieran utilizarse para establecer la causa directa. *Foffman-LaRoche, Ltd. c. Empagran S.A.*, N° 01-7115 (D.C. Cir. 28 de junio de 2005). Por consiguiente, el Tribunal rechazó el argumento alternativo de los demandantes y concluyó que no era competente para conocer sus pretensiones.

B. Algunos casos del TLCAN y la OMC

20. Una reciente decisión interlocutoria adoptada en un arbitraje entre un inversor y un Estado, con arreglo al capítulo 11 del TLCAN, trata de la relación entre, por una parte la legislación y la política de competencia y, por otra, el derecho internacional. En el asunto entre United Parcel Services of America (UPS) y el Gobierno del Canadá²⁵ el demandante alegó que la Canada Post Corporation (CPC), empresa de propiedad de la Corona canadiense, había incurrido en prácticas anticompetitivas que incluían una conducta predatoria y subvenciones cruzadas. En su demanda modificada, la UPS presentó tres argumentos para fundamentar su alegación, una de las cuales era que el Canadá había incumplido las obligaciones que le impone el artículo 1105.1 del TLCAN²⁶, al no conceder a UPS un trato conforme a lo dispuesto en el derecho internacional, en particular un trato justo y equitativo. El Canadá respondió planteando una cuestión de competencia aduciendo que el Tribunal no era competente para conocer de las conductas anticompetitivas porque, entre otras cosas, no existían principios del derecho internacional en materia de competencia y, por lo tanto, el artículo 1105.1 no se aplicaba al asunto.

21. En su laudo sobre competencia, de 22 de noviembre de 2002, el Tribunal (de UPS) examinó la cuestión de si el artículo 1105.1 del TLCAN imponía a las Partes la obligación de controlar las conductas anticompetitivas, y la respuesta fue negativa. La conclusión del Tribunal en el sentido de que no existían normas del derecho internacional consuetudinario que prohibieran o regularan las conductas anticompetitivas se fundamentó en lo siguiente: los estudios sobre las leyes nacionales en materia de competencia indicaban que muchos Estados no disponían de legislación al respecto (sólo 13 de 34 países del hemisferio occidental y de unos 80 miembros de la OMC, y más de la mitad de las leyes se habían promulgado en los últimos diez años); mientras que las leyes nacionales sobre competencia existentes, incluidas las de los tres Estados Partes en el TLCAN (Canadá, México y Estados Unidos) presentaban grandes diferencias que reflejaban sus propios entornos económicos, sociales y políticos. El Tribunal también se basó en otros cuatro 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

²⁵ Laudo sobre competencia en un arbitraje con arreglo al capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tribunal de Arbitraje, 22 de noviembre de 2002), entre United Parcel Services of America Inc. y el Gobierno del Canadá.

²⁶ En el artículo 1105.1 del TLCAN se dispone que cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, un trato acorde con el derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

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 del derecho internacional consuetudinario, en materia de derecho y políticas de competencia. Los miembros de la OMC sólo ahora están comenzando a abordar la posibilidad de negociar normas multilaterales en esta esfera, tras reconocer la ausencia, en los tratados de la OMC, de un conjunto general de disposiciones que prohíba o controle la conducta anticompetitiva; y d) que no había ninguna referencia a la reglamentación de la conducta anticompetitiva en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la denegación de justicia a los extranjeros o sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros.

22. En el asunto *Telmex* de la OMC²⁷ 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, que Telmex y sus competidores aplicarían esa tarifa a la interconexión del tráfico de entrada procedente de los Estados Unidos; que Telmex tenía que ceder tráfico a los demás proveedores mexicanos 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 presentaron 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 operadores de telecomunicaciones autorizado por el Estado, que impedía la entrada de proveedores extranjeros, en contravención del Documento de Referencia. México y los Estados Unidos resolvieron el asunto, y México revocó las normas que eran objeto de la diferencia.

23. Las constataciones y el razonamiento del Grupo Especial se referían en gran medida a la interpretación del Documento de Referencia, pero había muchos aspectos relacionados más en general con la política de competencia. Una constatación fundamental era la de 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 consideró que todas esas prácticas podía aplicarlas un gran proveedor por su cuenta, ese proveedor también podía estar integrado por diferentes empresas, y de por sí indicaba que la coordinación horizontal de los proveedores podía ser pertinente. El Grupo Especial también consideró que el significado de la expresión "prácticas anticompetitivas" se basaba en su

²⁷ Véase OMC, *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.

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 prácticas anticompetitivas prohibidas difería según los miembros, las prácticas ilegales con arreglo a las leyes sobre competencia incluían 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 se basaban en las disposiciones pertinentes de algunos instrumentos internacionales o se ponían de relieve en ellas, 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 la competencia acerca de la necesidad de prohibirlos. En consecuencia, el Grupo Especial resolvió que el objeto y el propósito del Documento de Referencia apoyaban 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 entre 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 sobre el servicio de larga distancia internacional 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 no se podrá considerar que la empresa que haya cumplido una condición específica prevista en la ley ha 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 (e 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 diferenciado 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 de manera alguna que México persiguiese activamente esos objetivos de desarrollo, extendiendo sus redes y servicios de telecomunicaciones a precios accesibles de una manera que fuera 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 indicó 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"²⁸.

26. El Canadá también indicó que la Recomendación sobre los cárteles intrínsecamente nocivos no se pronunciaba sobre si la legislación en materia de competencia en esa esfera debía basarse en prohibiciones propiamente dichas o en un criterio de razonabilidad, o si debía imponer un marco jurídico civil o penal con respecto a la observancia, las sanciones o las multas, que eran cuestiones que debían decidir 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 Recomendación²⁹. Asimismo, la República de Corea señaló que, aunque la definición de cártel enunciada en el Conjunto y en 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

²⁸ 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.

²⁹ 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.

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, como los cárteles de exportación o importación"³⁰. 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 diferencias de enfoque en la definición de los cárteles y las formas de aplicar su prohibición, en particular en lo que respecta a la conveniencia de enumerar específicamente las conductas prohibidas, al alcance de las exenciones de la ley, a la inclusión de las conductas verticales y al nivel de prueba necesario para determinar la existencia de una infracción³¹.

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"³². Por otro lado, el 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 de *Lisina* y *Ácido cítrico*, la capacidad del Departamento de Justicia para compartir información era limitada respecto de los países que no son partes en acuerdos de cooperación que permiten el intercambio de información confidencial. (Los acuerdos de cooperación de carácter general, como los suscritos por los Estados Unidos con Australia, el Brasil, el Canadá, la Comisión Europea, Alemania, Israel, México y el Japón, no permiten el intercambio de información confidencial protegida por la legislación³³. 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 en su territorio operaban muchas empresas comerciales extranjeras o filiales de empresas extranjeras originarias de países desarrollados y en algunos casos era

³⁰ 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.

³¹ 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.

^{**} El Gobierno de los Estados Unidos pidió, en relación con la versión anterior del presente documento (TD/RBF/CONF.6/9/Rev.1-TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.2), que se suprimiera el texto siguiente en la sección B: todo el párrafo 27 (salvo el texto en letra negrita recién añadido); y en el párrafo 28, la oración "Cabe señalar a este respecto que desde hace tiempo ... razones de eficiencia".

³² Véase Evenett, *op. cit.*

³³ 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, Chatham House Londres, 18 de noviembre de 1996 (mimeografía).

necesario convocarlas para que respondieran a denuncias o prestaran testimonio³⁴; también se han señalado en párrafos anteriores las dificultades que ha experimentado la República de Corea debido a que los participantes en los cárteles no tenían sucursales en el país³⁵. Asimismo, en un informe de la OCDE se señala que la experiencia de Corea en el caso *Electrodos de grafito* pone de manifiesto las dificultades que puede enfrentar un país que no obtiene la cooperación de uno de los conspiradores en un caso de cártel internacional. Corea también se ha visto perjudicada por la percepción de que es en cierta medida un país en desarrollo y carece de experiencia sustancial en la aplicación de la legislación sobre competencia³⁶. Refiriéndose también a los casos de los *Electrodos de grafito* y las *Vitaminas*, el informe indica que se supone que esas 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 fundamentar una acción judicial. El éxito de esas acciones 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. Es probable que el obstáculo más importante para la mejora de la cooperación sean 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 competencia³⁷. En otro informe reciente de la OCDE se señala que, a pesar de los considerables avances que se han logrado en la cooperación internacional en esta esfera, todavía hay posibilidad de mejoras, en particular mediante un intercambio más formal de información confidencial a fin de hacer más efectivo el cumplimiento de la legislación contra los cárteles³⁸. En el informe se presenta un ejemplo en el que la investigación de Turquía de un presunto cártel se vio muy obstaculizada porque no se pudo obtener información confidencial de la Comisión Europea (que también estaba investigando al presunto cártel), al no existir un mecanismo oficial de cooperación que autorizara dicho intercambio de información confidencial. Por consiguiente, el informe recomienda que los países consideren la posibilidad de autorizar a sus respectivos organismos de defensa de la competencia para que intercambien información confidencial con organismos de

³⁴ Comunicación del Gobierno de Indonesia.

³⁵ Véase también Chang, Deuk-Soo, *op. cit.*

³⁶ Véase CCNM/COMP/TR(2003)7, pág. 36.

³⁷ *Ibid.*, págs. 37 y 38.

³⁸ Véase OCDE, *Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation*, 2006.

defensa de la competencia extranjeros, siempre que se establezcan las garantías adecuadas contra toda divulgación no autorizada, como las formuladas por el Comité de la Competencia de la OCDE en el documento sobre prácticas idóneas para el intercambio formal de información en las investigaciones de cárteles.

28. Sin embargo, se ha señalado 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 indulgencia³⁹. De hecho, se ha señalado que en los Estados Unidos el éxito del programa de indulgencia del Departamento de Justicia depende cada vez más de que 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 ilícitas⁴⁰. También cabe destacar en este sentido que, según se ha señalado muchos cárteles internacionales descubiertos en los últimos años por los organismos antimonopolio federales de los Estados Unidos han celebrado sus reuniones en terceros países en un intento de sustraerse a acciones penales por dichas autoridades; además, se ha indicado que podrían plantearse problemas similares respecto de otros países que imponen penas más estrictas e intensifican la lucha contra los cárteles⁴¹. En el informe de un experto en la materia se formularon dos propuestas con objeto de superar esas dificultades relacionadas con los acuerdos de indulgencia y la aplicación: a) ofrecer programas de indulgencia a los miembros de cárteles en varias jurisdicciones a cambio de información sobre sus actividades en ellas; y b) brindar a una empresa que obtiene una amnistía de una autoridad encargada de la competencia de otro miembro de la OMC 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 una acción judicial en la segunda jurisdicción⁴². En ese mismo informe se recalca que la concertación de un acuerdo internacional vinculante sobre la promulgación de legislación en materia de cárteles y el establecimiento de normas mínimas de aplicación en relación con los cárteles en cada jurisdicción tendría consecuencias positivas en otras jurisdicciones, ya que: a) el anuncio público en un país de medidas 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 institucionalizada o informal entre las autoridades encargadas de la competencia; y b) las investigaciones de los cárteles dependen de

³⁹ Véase M. Hviid y A. Stephan, *Leniency Undermined?* (mimeo), Centre for Competition Policy, University of East Anglia.

⁴⁰ Véase American Bar Association Section of Antitrust Law, *The State of Federal Antitrust Enforcement 2004*, en http://www.abanet.org/antitrust/comments/2004/state_of_fed_enforc.pdf.

⁴¹ 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%2008-04.pdf>.

⁴² Véase Evenett, *op. cit.*

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 de esta jurisdicción repercuten negativamente en los intereses de sus interlocutores comerciales. En el informe se sugiere, por lo tanto, que un acuerdo internacional puede contribuir a eliminar en cierta medida los refugios seguros para los cárteles nacionales e internacionales. En el reciente informe de la OCDE mencionado en párrafos anteriores de hecho se recomienda que se examinen formas de coordinar los programas de indulgencia, sobre todo alentando a los que desean beneficiarse de ellos a que presenten su solicitud simultáneamente en el mayor número posible de países⁴³. La necesidad de adoptar medidas que permitan fortalecer la cooperación internacional en esta esfera se pone de manifiesto en las recientes investigaciones. En ellas se muestra que los cárteles que tienen efectos en varios continentes contribuyen a un aumento de precios mayor que los otros tipos de cárteles internacionales y que, a pesar de que en el último decenio se ha registrado un aumento evidente en el nivel de detección de cárteles y en las multas y otras sanciones impuestas, cabe afirmar que los actuales regímenes mundiales anticártel no tienen suficientes efectos disuasorios⁴⁴.

29. Por otro lado, Trinidad y Tabago ha planteado la cuestión de si las economías más pequeñas estarán en condiciones de exigir eficazmente a las grandes empresas multinacionales el cumplimiento de las normas, habida cuenta de la asimetría de poder; en consecuencia, ha señalado la necesidad de arbitrar medios nuevos y creativos para ayudar a los países en desarrollo, en particular a las economías más pequeñas, a sacar provecho de un régimen de competencia en relación con las cuestiones transfronterizas⁴⁵. Igualmente, se ha indicado 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 una pequeña economía por lo general representa sólo una pequeña parte del total de las operaciones internacionales de la empresa extranjera, si se imponen restricciones importantes a su conducta es muy probable que la empresa decida abandonar esa pequeña economía, con las consiguientes repercusiones sociales negativas. Además, los países de origen de esas empresas extranjeras pueden ejercer presiones políticas⁴⁶. En ese mismo informe se señala también 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 intereses con respecto a la conducta extraterritorial con efectos negativos en sus mercados nacionales, de manera que, según el informe esas normas armonizadas deberían incluir una norma que impida todos los cárteles de exportación. En el curso de las deliberaciones de la RIC,

⁴³ Véase OCDE, *Hard Core Cartels: Third Report, op. cit.*

⁴⁴ Véase J. M. Connor, *Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence, Research in Law and Economics* (se publicará próximamente).

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

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 exportación⁴⁷. Cabe señalar a este respecto que desde hace tiempo se recomienda que todos los países revoken la inmunidad que conceden a los cárteles de exportación cuando se trate de conductas que serían ilícito si se dirigieran al mercado interno⁴⁸, o que los cárteles de exportación se prohíban a menos que demuestren que pueden servir para superar un auténtico obstáculo a la competencia en el país importador o puedan invocar razones de eficiencia⁴⁹. No obstante, como se ha señalado en el caso *Empagran*, los países afectados por los cárteles internacionales se muestran a menudo reticentes a aplicar sanciones o leyes 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.

30. En una comunicación escrita presentada por el Brasil en el séptimo período de sesiones del Grupo de Expertos se examinan las experiencias de cooperación de ese país con diferentes jurisdicciones y se señala que el intercambio de información con fines de asistencia técnica se ha llevado a cabo con mucho éxito en el marco de acuerdos officiosos o de acuerdos bilaterales de cooperación, y que también se está intensificando y responde a las expectativas el intercambio de información no confidencial sobre las fusiones y los comportamientos unilaterales⁵⁰. En la comunicación se señala asimismo que: "Desde la perspectiva del Brasil, sin embargo, los intentos de utilizar instrumentos de cooperación internacional para aplicar las disposiciones sobre cárteles han sido infructuosos o han tenido una utilidad limitada... No cabe duda de que existen en todas las jurisdicciones restricciones jurídicas importantes, que parecen constituir el principal obstáculo para una cooperación eficaz, pues hasta el momento no se ha reunido ninguna información importante". En un informe en el que se examinan los resultados de los acuerdos de cooperación sobre competencia y las disposiciones sobre competencia de los acuerdos comerciales regionales y se analizan experiencias de cooperación concretas del Brasil, la República de Corea y Turquía, se formulan las siguientes conclusiones y recomendaciones: a) aunque la cooperación sobre casos concretos entre autoridades de defensa de la competencia más experimentadas y menos experimentadas sigue siendo muy limitada, suele rendir resultados que no podrían obtenerse de otra manera; b) teniendo en cuenta los costos que la actividad de los cárteles internacionales tiene para los países en desarrollo y las repercusiones negativas en su desarrollo económico, la limitada capacidad institucional de esos países y el hecho de que las pruebas necesarias suelen quedar dispersas entre diferentes jurisdicciones, la cooperación tiene una importancia fundamental para ayudar a los países en desarrollo a luchar contra los cárteles internacionales; c) es posible que los acuerdos de cooperación en esa esfera estén en cierta

⁴⁷ Véase S. Evenett y M. Gal, *A Report on the Third Annual Conference of the International Competition Network*, 2004.

⁴⁸ Véase American Bar Association, *Special Committee Report on Antitrust* (1991).

⁴⁹ Véase el documento de la OCDE *Obstacles to Trade and Competition*, París, 1992.

⁵⁰ *The Brazilian recent experience with international cooperation* - Comunicación del Brasil (mimeografía).

medida mal concebidos, pues imponen excesivas obligaciones de negociación y notificación, y no siempre tienen en cuenta las necesidades de las partes, ni las diferencias entre éstas en cuanto al nivel de madurez institucional; e) la mejora de la cooperación podría, pues, empezar por la creación de capacidad y el establecimiento de instituciones eficaces para continuar después por la notificación y el intercambio de información confidencial; f) los países deberían estudiar formas de facultar a sus autoridades de defensa de la competencia para intercambiar información confidencial; g) las actuales lagunas en la aplicación de las disposiciones de cooperación pueden deberse a que las ventajas de la cooperación no resultan suficientemente claras, mientras que sus costos son elevados; h) la cooperación oficiosa tiene su utilidad, pero en ocasiones es importante contar con un marco institucional establecido; e i) la información sistemática sobre los resultados positivos de la cooperación promovería una cooperación más intensa y eficiente con los países en desarrollo creando incentivos para el establecimiento de un marco de cooperación adecuado y prestando a los países en desarrollo el firme apoyo político y la asistencia tecnológica que necesitan para superar las dificultades que se plantean en todas las etapas de desarrollo de la política de competencia.

31. Una autoridad de defensa de la competencia ha sugerido que, con el fin de mejorar la base de conocimientos sobre política de competencia disponible al que tienen acceso los países en desarrollo y de evitar contradicciones entre acuerdos relativos a diferentes esferas, la UNCTAD debería promover estudios sobre las relaciones de la política de competencia con el comercio y la inversión, abordando las cuestiones interrelacionadas que se plantean en esas esferas⁵¹. Esa autoridad propone asimismo que se alienten los debates sobre las cuestiones siguientes: cooperación entre autoridades de defensa de la competencia y autoridades comerciales en los casos relacionados con las fusiones internacionales; daño causado por los cárteles de exportación; relaciones entre política de competencia y reglamentación; y relaciones entre la política de competencia y la inversión extranjera directa.

C. Temas para un posible examen

32. 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 el Grupo de Expertos podría examinar 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.

33. Sobre la base de importantes iniciativas en materia de aplicación, en algunos casos acompañadas de mecanismos oficiosos de cooperación, el organismo de defensa de la competencia del Brasil (que es uno de los más experimentados de los países en desarrollo) y su homólogo 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, según el informe de la OCDE, era insuficiente para sustentar procesos en que los organismos de defensa de la competencia no contarán con la cooperación de

⁵¹ Comunicación del Brasil a la secretaría de la UNCTAD.

una o más partes en el cártel⁵². 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 internacional⁵³. 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 aplicación⁵⁴. 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, 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 (y 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 que establezcan, por ejemplo, que deben 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 deben prestar asistencia para las investigaciones o intercambiar información confidencial a reserva de las salvaguardias correspondientes? ¿Cómo habría que abordar las cuestiones relacionadas con los acuerdos de indulgencia y la confidencialidad? ¿Cuánto daño causan los cárteles de exportación y los cárteles internacionales? ¿En qué medida son apropiadas las actuales disposiciones sobre competencia de los acuerdos de cooperación y los acuerdos comerciales regionales para las necesidades y la capacidad de los países en desarrollo? ¿Qué ejemplos existen de cooperación satisfactoria en esa esfera? ¿Cuáles son las interrelaciones de la política de competencia con el comercio, la inversión, las industrias nacientes, la política industrial y la reglamentación? ¿Cuáles son las posibilidades de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia y las autoridades comerciales en los casos relativos a fusiones internacionales?

⁵² Véase OCDE *Hard core cartels: Recent progress and challenges ahead*, *op. cit.*

⁵³ Adoptadas los días 27 y 28 de julio de 1995 (C(95)130/FINAL).

⁵⁴ Véase Chang, Deuk-Soo, *op. cit.*

34. 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. En cambio, 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 sustantivos de diferentes tipos y grados en el ámbito de la política de la competencia; no queda claro tampoco en qué medida esos compromisos han favorecido hasta ahora la cooperación en los procesos sobre asuntos de competencia. Quizás sea necesario aclarar, por ejemplo: a) cómo podría la especificación de normas mínimas para la prohibición de los cárteles y/o la aplicación en un acuerdo internacional (de modo que responda a las divergencias que existen en la actualidad) ayudar a las autoridades de defensa de la competencia de los países en desarrollo a detectar cárteles nacionales o internacionales y a aplicar medidas contra ellos, 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 para 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 denuncias de discriminación contra autoridades de defensa de la competencia carentes de experiencia. Por consiguiente, los gobiernos pueden estimar conveniente examinar: la magnitud, el grado y la especificidad de los compromisos sustantivos en los posibles acuerdos internacionales respecto del contenido o la aplicación de la legislación nacional; el tipo de divergencias concretas en cuanto a criterios de la política de competencia que desalientan (o podrían desalentar) determinadas modalidades de cooperación procesal en cierto tipo de casos; en qué medida los compromisos sustantivos podrían contribuir a promover la convergencia en la práctica y al mismo tiempo permitir a los países en desarrollo hacer frente a sus problemas de aplicación más eficazmente; y a la inversa, hasta qué punto la falta de esos compromisos sustantivos o su carácter limitado podrían tener un efecto adverso sobre la confianza mutua y la cooperación internacional (existan o no divergencias importantes en el enfoque); y la asistencia técnica adecuada para ayudar a los países en desarrollo a cumplir con los compromisos sustantivos o a entablar la cooperación en materia de procesamiento. Esas deliberaciones podrían tener en cuenta: el contenido de las disposiciones sustantivas de los instrumentos internacionales vigentes; las vinculaciones o el equilibrio entre esas disposiciones sustantivas, la cooperación en los procesos de casos específicos y la solución de controversias; la experiencia adquirida hasta la fecha en la interpretación jurídica y la aplicación de las disposiciones sustantivas y de procedimiento de dichos instrumentos internacionales; los enfoques comunes y las divergencias en las políticas de 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".

35. Otra cuestión que podrían examinar los gobiernos es la de en qué medida los países con más experiencia en esta esfera podrían estar dispuestos a adoptar medidas de aplicación para ayudar a los países en desarrollo, a la luz del párrafo E.4 del Conjunto de Principios. Como se señaló en párrafos anteriores, en el caso *Empagran*, varios países desarrollados lograron oponerse a la intervención de los tribunales estadounidenses respecto del daño sufrido por los mercados de esos países a raíz de las actividades de un cártel internacional, aduciendo que se verían socavados sus propios programas de aplicación de las leyes antimonopolio y sus programas de amnistía. Convendría aclarar si los países en desarrollo con sistemas de observancia 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 aplicadas en el extranjero 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 que en el párrafo E.9 del Conjunto de Principios se establece que los Estados deberían, cuando se les pida, o por propia iniciativa cuando lo estimen 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, otra información que necesite el Estado receptor interesado para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas; en el párrafo C.7, que trata del trato preferencial y diferenciado en 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, en particular con miras a fomentar la creación o el desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía y a promover el desarrollo económico mediante acuerdos regionales o mundiales entre países en desarrollo; y en el párrafo F.4 se prevé la celebración de consultas entre Estados sobre un problema relativo al control de las prácticas comerciales restrictivas, para lo cual los Estados participantes podrán pedir a la UNCTAD que proporcione servicios de conferencias mutuamente convenidos.

36. Los gobiernos también podrían determinar cómo intensificar 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 de Principios (este último contiene disposiciones sobre la cooperación regional y subregional en este ámbito 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)⁵⁵; y cuál sería para la UNCTAD la mejor manera de aplicar el párrafo 104 del Consenso de São Paulo (en que se establece 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 las cuestiones relacionadas con el derecho y la política de la competencia, incluso a nivel regional), teniendo en cuenta cómo se podría mejorar la coordinación del trabajo de los diversos órganos internacionales en esta esfera.

⁵⁵ Véase TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.3.

37. 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 Quinta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar el Conjunto de Principios, reafirmó la importancia fundamental del derecho y la política de la competencia para alcanzar un sólido desarrollo económico y su validez, y pidió a todos los Estados miembros que hicieran todos los esfuerzos necesarios para aplicar plenamente sus disposiciones⁵⁶. Por lo tanto, todo examen de las cuestiones antes mencionadas debería tener debidamente en cuenta las disposiciones del Conjunto de Principios; 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 diferenciado). Todo examen de ese tipo deberá efectuarse además dentro del marco establecido por la Quinta Conferencia de Examen si los gobiernos lo desean, también podrán 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 presentación permanente por la UNCTAD de los tipos de disposiciones comunes que han de incluirse en acuerdos de cooperación internacionales, en particular de carácter bilateral y regional, sobre política de la competencia y su aplicación.

⁵⁶ Véase TD/RBP/CONF.6/14, párrs. 1 y 2.