

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/151
22 de septiembre de 2000

(00-3815)

**Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre
Comercio y Política de Competencia**

Original: inglés

COMUNICACIÓN DE SUIZA

Se ha recibido de la delegación permanente de Suiza la siguiente comunicación, de fecha 21 de septiembre de 2000, con el ruego de que se distribuya a los Miembros.

Promover la cooperación y la comunicación en la política de competencia a nivel multilateral: elementos posibles

Documento para debate

En el presente documento se tratarán de examinar algunos de los elementos que podrían incluirse en las negociaciones destinadas a mejorar y complementar el sistema vigente basado en las normas de la OMC en el punto de contacto entre comercio y competencia. Al hacerlo así la delegación suiza desearía ocuparse de las observaciones que algunas delegaciones hicieron en la última reunión del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia y facilitar la futura realización de un examen en una forma más concreta; a fin de poder determinar cuáles serían las consecuencias de una mejor coordinación multilateral debemos establecer supuestos sobre el contenido de tal coordinación. Desde ya que tales supuestos sólo son a título de ejemplo, y de ninguna manera deberían excluir el resultado efectivo de eventuales negociaciones. Proponemos que los elementos presentados a continuación se utilicen para realizar un análisis más profundo de la cuestión en las próximas reuniones del Grupo de Trabajo.

En esta etapa sería prematuro presentar una lista exhaustiva de elementos; más bien desearíamos examinar detalladamente aquellos elementos que han despertado interés hasta el momento como tema de posibles negociaciones. Los siguientes elementos se podrán examinar más detalladamente.

A. INTRODUCCIÓN

Hoy en día se reconocen ampliamente los efectos benéficos de la política de competencia sobre la economía. La política de competencia ha demostrado tener a largo plazo un efecto estabilizador, por ejemplo, por fomentar constantemente la reestructuración de la economía, contribuir a limitar el poder del mercado y a separar los intereses económicos de los políticos y, especialmente, a aumentar la eficacia tanto en sentido estático como dinámico. Además, hay razones para suponer que las empresas tienden a evitar las prácticas anticompetitivas en aquellos países con políticas eficaces de competencia, mientras continúan las limitaciones privadas en aquellos países que no tienen esas políticas. En la medida en que esas prácticas anticompetitivas perjudican el desarrollo de una economía, la política de competencia ayuda y complementa los esfuerzos de desarrollo de los países en desarrollo.

Evidentemente es muy válido el argumento de que cada país tiene autonomía para decidir si desea concretar las ventajas de contar con un régimen nacional eficaz de competencia, y en qué medida. Pero hay algo más que meras consideraciones económicas nacionales: en una economía mundial cada vez más interdependiente todos los países tienen un creciente interés en promover la estabilidad de los mercados alrededor del mundo.

Hasta el momento los debates en este Grupo de Trabajo han mostrado que, dada la globalización de las actividades económicas hay, realmente, aspectos que favorecen un criterio más coordinado en materia de política de competencia. Los actores económicos pueden aprovechar mejor los beneficios cuando tienen alguna base común y existe cooperación. En especial, determinadas normas mínimas aumentarían la previsibilidad de las normas en las actividades transfronterizas, que es una meta esencial de la OMC, y las autoridades nacionales que se enfrentan a empresas que actúan en todo el mundo resolverían mejor un comportamiento anticompetitivo en una forma coordinada. Ambos aspectos interesarían principalmente a los países pequeños, que suelen tener medios y posibilidades limitados para concretar sus intereses.

En nuestra opinión los elementos que serían más aptos para proveer un beneficio adicional a la comunidad internacional en materia de política de competencia son los siguientes:

- Prohibición de los carteles injustificables que tienen un efecto negativo en el exterior, por ejemplo los acuerdos horizontales para fijar precios, la manipulación de licitaciones, la limitación de la producción o la división de los mercados.
- Normas sobre la forma de aumentar la coordinación entre las autoridades nacionales encargadas de la competencia.
- Al aplicar esas disposiciones hay que respetar los principios de la OMC en materia de transparencia y no discriminación.

Como ya se propuso anteriormente, un comité de la OMC se podría encargar de facilitar el intercambio de información y la cooperación, como también de supervisar las obligaciones.

Contando con este conjunto limitado de elementos para incluir en un marco básico debería ser más fácil lograr el consenso. Igual habrá que resolver los problemas más importantes identificados en los debates del Grupo de Trabajo.

B. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS DE ESE ENFOQUE BÁSICO

La única forma de limitación de la competencia que la gran mayoría considera perjudicial para las economías probablemente sean los carteles injustificables. Por eso están predestinados a convertirse en una obligación sustantiva que todos los Miembros de la OMC deberán respetar; el sistema basado en normas multilaterales podría incorporar como la única nueva disposición sustantiva la prohibición de los carteles injustificables. Solucionar este problema parece razón suficiente para crear un nuevo instrumento en el marco de la OMC.

Esto implicaría que para todas las demás medidas relativas a la política de competencia se aplican exclusivamente las leyes nacionales. A este respecto debemos destacar que, en nuestra opinión, aunque determinados elementos relativos a la política de competencia se coordinaran a nivel multilateral debería quedar amplio espacio para que las autoridades evaluaran adecuadamente criterios tales como la determinación de los mercados pertinentes, presunciones con respecto a una posición dominante, etc. Por eso, aunque determinado comportamiento se considerara ilícito en un país, bien podría considerarse compatible con una ley similar en otro país.

C. COORDINACIÓN ENTRE AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA COMPETENCIA

Consideramos como condición previa de una coordinación y cooperación significativas la existencia en el gobierno nacional de un "centro de contacto" que pueda dar y recibir información. En la mayoría de los casos esa función la cumple la autoridad nacional encargada de la competencia. Las tareas y facultades específicas de esa autoridad pueden variar de un país a otro. Pero consideramos que no hay cooperación con sentido si no existe una autoridad de este tipo que disponga de medios adecuados para funcionar eficazmente.

La coordinación podría, por ejemplo, abarcar las siguientes esferas:

1. Intercambio de información: un sistema de notificación mutua de leyes, investigaciones y/o decisiones sería, evidentemente, el núcleo de un acuerdo de coordinación.
2. Intercambio de experiencia: se podría establecer un foro para intercambiar información y experiencia en forma estructurada e institucionalizada. Si bien en la OCDE ya se realiza una actividad similar parecería apropiado, dada la creciente aplicación de regímenes de competencia en países que no integran la OCDE, que hubiese mayor oportunidad de estos contactos sobre la base de un acuerdo multilateral. Un foro de este tipo resultaría particularmente valioso para los países más pequeños, cuyas posibilidades de contacto estarían, de otra forma, restringidas por limitaciones en sus recursos humanos y económicos y, quizás, también por falta de interés de los "grandes actores". El intercambio de experiencia sobre las diversas formas de encarar la política de competencia también favorecería el conocimiento sobre la mejor práctica. Gracias a los contactos personales se podría compartir la información de una manera informal, sin procedimientos complicados.
3. Asistencia técnica y creación de capacidad: Como se demostró en el examen realizado en el documento de la CE sobre la dimensión del desarrollo (WT/WGTCP/W/140), parecería conveniente avanzar un paso más y ocuparse de facilitar no sólo el establecimiento de legislación y de autoridades competentes, sino también de medidas para mejorar la eficacia de las investigaciones y de la observancia de las leyes, como así también de prestar ayuda al respecto. Esa ayuda ya se está prestando a varios niveles, y en ese contexto desempeñarían una función importante las autoridades encargadas de la competencia creadas hace tiempo y que tienen experiencia. Sería útil contar con una mejor coordinación de las actividades que realizan los diversos actores y con mayor información al respecto, por lo que el análisis de la forma en que podría resolverse esta cuestión fundamental sería una valiosa contribución a la labor de este Grupo de Trabajo. También habría que examinar la posibilidad de compartir los gastos de esas actividades que, en última instancia aprovechan a todos, como se señaló *supra*. La cooperación internacional y la asistencia técnica son instrumentos muy valiosos para crear una cultura de competencia y desarrollar en todos los países las instituciones necesarias.
4. Compartir la información en las investigaciones: podría ser conveniente examinar también las cuestiones de intercambio de información más allá de la simple notificación, en la medida permitida por los requisitos legales (especialmente respecto del carácter confidencial).
5. Se podría considerar un criterio aún más amplio de la coordinación: la consulta en casos concretos. Cuando estén en peligro los intereses de otros países podría ser útil establecer algún tipo de mecanismo de consulta con el fin de buscar soluciones

mutuamente aceptables que tuvieran en cuenta los distintos intereses afectados.¹ Pero este criterio supone que en los países interesados existen leyes de alto nivel en materia de competencia.

En los mercados internacionalizados la coordinación es importante y sus ventajas son muy evidentes -y aunque sólo se concretaran unas pocas facetas de los mencionados elementos, esto sería un progreso notable. Igualmente deben tenerse presente las limitaciones y los obstáculos que se mencionaron en los párrafos 4 y 5 *supra*; como ejemplo de las limitaciones podemos tomar el hecho de que las autoridades nacionales cuentan con recursos limitados y, por lo tanto, deben conservar la libertad de decidir si investigan un caso o se comprometen a cooperar.

D. PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN

En el documento WT/WGTCP/W/114 la Secretaría presentó en forma general la experiencia de la OMC en la aplicación de los principios. Se ha reconocido que en el contexto del comercio y la competencia podría ser necesaria una cierta adaptación. En las primeras comunicaciones, entre ellas la de Suiza (WT/WGTCP/W/117), se trató de desarrollar algunas ideas, pero evidentemente habrá que seguir trabajando sobre ellas. Uno de los interrogantes por resolver es si tendría sentido que en un eventual acuerdo los Miembros de la OMC:

- o bien se comprometan, en una interpretación bien estricta, a aplicar los principios de la OMC sólo a aquellos elementos que figuren en el acuerdo, vale decir en el contexto del presente documento: a los carteles injustificables y a la cooperación, y quizás como adición, se comprometan a aplicar voluntariamente los principios a otros elementos del régimen nacional de competencia, según lo especificado, por ejemplo en una lista positiva;
- o se comprometan a aplicar en general los principios a todo el conjunto del régimen nacional de competencia.

Es evidente que esta última interpretación parece ser la solución más apropiada porque respeta el espíritu de la política de competencia que encara el buen funcionamiento de los mercados, sin importar la nacionalidad de los sujetos.

Además, para llevar el debate a un plano concreto, sería útil analizar en detalle algunas de las posibles consecuencias de los principios en el contexto de la política de competencia, por ejemplo utilizando casos hipotéticos.

Por lo que hace a la transparencia, el objetivo sería aumentar la previsibilidad de todas las actividades relacionadas con la competencia de las autoridades de todos los actores económicos. Esta transparencia es muy importante en los sectores con un ámbito relativamente amplio para las medidas discrecionales, como en el caso de la política de competencia, debido al criterio del carácter razonable. Respetar este principio fundamental de la OMC incluiría, en una forma meramente indicativa:

¹ Como dice Fox en algunos artículos recientes (véase, por ejemplo, *"The Problem of State Action that Blesses Private Action that Harms 'the Foreigners'"*, de Eleanor M. Fox, en *"Towards WTO Competition Rules"*, 1999, de R. Zäch), debería preferirse una "norma de bienestar mundial" por sobre una "norma de bienestar nacional". La idea del principio de Fox es que "Cuando una nación piensa imponer medidas reglamentarias que a todas luces producirán resultados no deseados más allá de sus fronteras, ha de tener en cuenta los perjuicios y los beneficios fuera de su territorio como si la zona exterior afectada estuviese dentro de sus fronteras".

- facilitar información pública sobre el régimen de competencia, por ejemplo publicar leyes y reglamentos (incluidas excepciones y lagunas jurídicas), decisiones judiciales y dictámenes administrativos, a fin de suministrar información a los actores económicos; como así también:
- notificar a la OMC el régimen en materia de competencia, todas sus reformas y los acuerdos internacionales en materia de competencia; y
- notificar la iniciación de las investigaciones y las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia para permitir la coordinación y la cooperación con otras autoridades interesadas. Para aumentar la transparencia con respecto a las investigaciones, se podrían aplicar conceptos ya utilizados en otros acuerdos, como por ejemplo en el Acuerdo Antidumping (información confidencial, etc.).

Con respecto al trato nacional, esto significaría, por ejemplo:

- que desde una óptica sustantiva no se haría diferencia entre empresas o ciudadanos nacionales y extranjeros, vale decir no se trataría a éstos últimos en una forma menos favorable. Esto implicaría, por ejemplo, que una autoridad no debe prohibir la fijación de precios de las empresas con sede en el extranjero ni accionar judicialmente contra ellas cuando permite el mismo comportamiento a las empresas nacionales. Pero este ejemplo parece de menor importancia en el contexto de la política de competencia;
- que desde la óptica del procedimiento el trato nacional garantizaría a las empresas con sede en el exterior y a las empresas nacionales un acceso equitativo a las acciones judiciales o administrativas nacionales.

Con respecto al trato de la nación más favorecida esto significaría, por ejemplo:

- además del principio del trato nacional, el trato NMF garantizaría a las empresas la igualdad de trato, independientemente de su origen geográfico, en la aplicación de las normas acordadas en forma multilateral (o las leyes en materia de competencia como tales). Sin embargo, a menos que un país conceda a los nacionales de otro país o de determinados países un trato más favorable que a sus propios nacionales, el principio del trato nacional parecería ser más importante que el trato de la nación más favorecida. Con una sola posible excepción:
- en el caso de la cooperación el trato NMF podría interpretarse en el sentido de que una autoridad encargada de la competencia deberá, en principio, estar dispuesta a cooperar con la autoridad encargada de la competencia de cualquier otro Miembro de la OMC, y deberá justificarse cuando en un caso determinado negara esa cooperación a un país con un nivel comparable de política de competencia.

E. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La asimetría entre el poder de mercado mundial de las empresas y el alcance nacional de la legislación en materia de competencia es una importante inquietud, especialmente para los países pequeños o los que tienen un poder de mercado limitado. Obstáculos del sector privado podrían detener los esfuerzos de los países por liberalizar el comercio. Por lo tanto parece conveniente consolidar las medidas de apertura de mercados mediante un enfoque más coordinado de los obstáculos del sector privado.

En esencia, la importancia comercial de las cuestiones de competencia con repercusiones perjudiciales más allá de las fronteras justifica la inclusión del comercio y la competencia en el marco de la OMC. La posibilidad de un acuerdo y la perspectiva de un enfoque coordinado de todos los Miembros de la OMC podría dar a los gobiernos un impulso adicional para eludir la presión política de intereses creados contrarios a una mayor cultura de la competencia.

Con el fin de adelantar el examen de la utilidad de una mayor cooperación en materia de política de competencia parece conveniente estudiar y analizar concretamente los elementos de un posible acuerdo. Esto concordaría, ciertamente, con la labor educativa que intenta realizar el Grupo de Trabajo, y no debe considerarse que excluya ninguna decisión sobre el contenido de eventuales negociaciones.

Si bien en el presente documento hemos tratado de ocuparnos de algunos de estos temas, comprendemos que quedan pendientes varias cuestiones que habrá que seguir analizando. Por ejemplo, sería útil estudiar en más detalle las consecuencias que un acuerdo sobre la política de competencia tendría para otras políticas y, en forma más general, para la soberanía de la autoridad nacional:

- ¿Hay posibilidad de conflictos con la política industrial? Examinando un "modelo de ley de competencia" se podría demostrar cuál práctica del gobierno se vería afectada (utilizando ejemplos concretos de política industrial), y de qué forma.
- ¿Hay alguna posibilidad de conflicto con la política de inversión?
- Suponiendo una variedad muy limitada de disposiciones sustantivas y el consiguiente amplio ámbito de flexibilidad al tratar de otras formas de comportamiento anticompetitivo, ¿es también necesario incluir un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo?
- La independencia *de jure* de la influencia del gobierno que tienen muchas autoridades encargadas de la competencia, ¿en qué medida se vería influida por el hecho de que los gobiernos se comprometen a observar determinadas obligaciones?

Sería útil que en ésta y en las próximas reuniones del Grupo de Trabajo se examinaran éste y otros temas para poder entender mejor las consecuencias que tendría una mayor coordinación en la política de competencia.
