

# ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/66  
26 de marzo de 1998

(98-1211)

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

Original: inglés

## COMUNICACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Se ha recibido de la Misión Permanente de los Estados Unidos la siguiente comunicación, de fecha 10 de marzo de 1998, con el ruego de que se distribuya a los Miembros.

### Repercusiones de las prácticas anticompetitivas de las empresas y asociaciones en el comercio internacional

#### I. INTRODUCCIÓN

En esta comunicación, los Estados Unidos exponen sus opiniones y experiencia en relación con las prácticas anticompetitivas y sus vinculaciones con el comercio internacional, o su repercusión en el mismo. Antes de la exposición propiamente dicha, deseamos hacer algunas observaciones para explicar la forma en que nos hemos planteado este asunto.

En primer lugar, la comunicación no pretende ser un estudio exhaustivo del papel que pueden desempeñar esas prácticas, ni de nuestras opiniones o planteamientos al respecto. En cierto sentido, podría decirse que los miembros del sistema de comercio multilateral están comenzado a percibir todas las repercusiones que las prácticas anticompetitivas pueden tener en la corriente y dirección del comercio mundial y a estimar con exactitud las concesiones otorgadas y las obligaciones contraídas por los gobiernos durante el medio siglo transcurrido desde que comenzó el proceso de liberalización del comercio.

En segundo lugar, nuestra comunicación está basada en la experiencia acumulada con las políticas comerciales y antimonopolísticas. No se trata en ningún caso de un análisis exhaustivo, lo único que pretendemos es cumplir el mandato formativo de este Grupo de Trabajo compartiendo las perspectivas -comunes o divergentes- que cada marco de políticas pueda ofrecer sobre este asunto.

En tercer lugar, si bien nuestra comunicación, y sin duda también otras, hablará en términos generales de "prácticas anticompetitivas" y de sus "repercusiones en el comercio internacional", deseamos observar desde el comienzo que para un examen serio y equilibrado de este asunto habría que utilizar los términos con más cautela. Las acciones y prácticas, como los acuerdos horizontales, las restricciones y acuerdos verticales, las prácticas de empresas dominantes y las fusiones de alcance internacional, pueden tener, aunque no siempre ni necesariamente, consecuencias anticompetitivas. Por la misma razón, esas acciones y prácticas pueden tener repercusiones en el comercio internacional. En algunos casos, pueden afectar tanto a la competencia como al comercio, pero en otras quizá no afecten ni a uno ni a otra. Estas convergencias y divergencias se explican con mayor detalle en páginas sucesivas. Deberán tenerse también en cuenta cuando el Grupo de Trabajo examine la aplicación y los objetivos de las políticas de comercio y de competencia, y hasta qué

medida los instrumentos y técnicas de una de esas políticas se pueden utilizar en forma rentable (o satisfactoria) para alcanzar los objetivos de la otra. La política de competencia y la política de comercio tienen objetivos independientes -y legítimos; los resultados de una de esas políticas pueden algunas veces completar o ayudar a conseguir los objetivos de la otra, pero para comprender plenamente su interacción es preciso tener siempre presentes sus diferencias. Como mínimo, lo que parece claro es que los objetivos de liberalización del comercio, no discriminación y transparencia que persigue la política comercial pueden en general contribuir mucho a facilitar una sana competencia en los mercados, mientras que el establecimiento y aplicación decidida de leyes antimonopolio y de políticas sobre competencia acertadas puede ser un factor importante para instaurar unas condiciones propicias a la expansión y mantenimiento del comercio libre y abierto entre las naciones.

Conviene hacer una última advertencia, también relativa al alcance de nuestra presentación. Esta cuarta reunión del Grupo de Trabajo es la primera en la que se procede a evaluar la cuestión de la "interacción" entre comercio y política de competencia en el contexto de las cuestiones o prácticas concretas que se presentan en los terrenos de la política comercial y de la política de competencia. Dado que el objetivo del presente documento es sobre todo examinar cómo repercuten las prácticas anticompetitivas en el comercio y cuál es la función que la política de competencia puede desempeñar en la liberalización del comercio, no siempre nos hemos limitado a las prácticas anticompetitivas "privadas", propiamente dichas, sino que hemos incluido también temas como la reglamentación y otros medios a través de los cuales la acción (o inacción) gubernamental puede asociarse con la conducta privada para limitar la competencia y/o el acceso a los mercados. Por ello, en cierto sentido, este documento se adelanta al examen de las cuestiones incluidas en el programa de las próximas reuniones del Grupo de Trabajo. En futuras reuniones, quizá deseemos volver a ocuparnos de algunas de las ideas aquí presentadas, y explorar determinadas cuestiones con mayor detalle.

En la sección siguiente, examinamos la experiencia de los organismos federales antimonopolio de los Estados Unidos en relación con las prácticas privadas anticompetitivas que tienen dimensión internacional. Luego, presentamos un análisis de la función cada vez más importante asumida por esas prácticas en la formulación y aplicación de la política de comercio. Todas las secciones concluirán presentando algunos interrogantes y reflexiones sobre la utilización de medidas correctivas y posibles formas de mejorar la manera en que se corrigen dichas prácticas.

## **II. AL COMERCIO II. EXPERIENCIA DE LAS AUTORIDADES ANTIMONOPOLIO DE LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS PRIVADAS ANTICOMPETITIVAS QUE AFECTAN INTERNACIONAL**

Desde la aprobación de la Ley Sherman de 1890, los organismos federales estadounidenses encargados de la aplicación de la legislación antimonopolística han acumulado un gran acervo de experiencia en relación con las prácticas privadas anticompetitivas, incluidas las que afectan al comercio internacional. Durante los 108 años de aplicación de las medidas federales antimonopolio, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio han planteado muchos miles de casos de diversa naturaleza. La globalización económica de los últimos años ha obligado a los organismos estadounidenses a concentrar cada vez más su atención en los comportamientos privados anticompetitivos con dimensiones internacionales. En esta sección se describen la experiencia de los organismos estadounidenses encargados de las medidas antimonopolio cuando han tenido que hacer frente a ese tipo de comportamiento.<sup>1</sup> No se presta tanta atención a los comportamientos privados anticompetitivos que no presentan una dimensión internacional, es decir, aquellos en que las partes

---

<sup>1</sup> Las medidas antimonopolio aplicadas recientemente por el Gobierno de los Estados Unidos, inclusive en el plano internacional, se examinan en el Informe Económico del Presidente 195-214 del presente año (febrero de 1998).

interesadas son nacionales y el comportamiento se produce únicamente en el interior, aunque conviene señalar que este tipo de conducta puede repercutir también en el comercio internacional.

De conformidad con las sugerencias del Presidente en la última reunión, esta sección contiene numerosos ejemplos concretos y en ella se examina de qué manera diferentes tipos concretos de prácticas anticompetitivas han afectado a las importaciones, exportaciones y/o inversión, y cuáles son los sectores económicos y áreas geográficas que han sido afectados por tales prácticas. Finalmente, atendiendo también la petición del Presidente, analizaremos los tipos de medidas antimonopolio correctivas que los Estados Unidos han utilizado para hacer frente a las prácticas anticompetitivas internacionales, en qué medida la aplicación de la legislación antimonopolio evita tales conductas y si hay algún medio para mejorar el régimen actual de aplicación.

A. Resumen de las actividades del departamento de justicia y la comisión federal de comercio en aplicación de la legislación antimonopolio

Las leyes antimonopolio de los Estados Unidos representan el baluarte último del proceso competitivo en que se basa nuestra economía de libre mercado. Como explicó gráficamente Thurman Arnold, Subsecretario de Justicia encargado de la legislación antimonopolio durante la presidencia de Franklin Roosevelt, "la defensa de la competencia sin una aplicación eficaz de la legislación antimonopolística es como una pelea sin árbitro". La aplicación de esa legislación antimonopolio no es un proceso sencillo. Sólo en los diez últimos años, el Departamento de Justicia ha incoado casi 700 causas penales (en materias relacionadas con la fijación colusoria de precios, las licitaciones colusorias y el reparto de mercados entre competidores); el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio han examinado conjuntamente casi 25.000 propuestas de fusión y han impugnado casi 400 fusiones y adquisiciones anticompetitivas, o han adoptado algún tipo de medidas correctoras al respecto; finalmente, los dos organismos han incoado conjuntamente más de 150 casos relacionados con otras prácticas anticompetitivas (en asuntos relacionados con la monopolización, intentos de monopolización, acuerdos anticompetitivos pero no ilícitos entre competidores, y la utilización anticompetitiva de las restricciones verticales y los derechos de propiedad intelectual). Los consumidores y empresas de los Estados Unidos disfrutan de la economía abierta y de libre mercado que se consigue con la aplicación de esas medidas antimonopolio. La protección frente a los comportamientos privados anticompetitivos ayuda a los consumidores a obtener mercancías y servicios más innovadores y de mayor calidad a precios más bajos. Favorece también la competitividad mundial de las empresas de los Estados Unidos, ya que promueve una sana rivalidad, alienta la eficiencia y ofrece amplias oportunidades a todos los competidores, tanto nacionales como extranjeros.<sup>2</sup>

No se dispone de datos sistemáticos sobre cuántos de estos asuntos podrían calificarse como "internacionales" o afectarían de alguna manera al comercio internacional. Tampoco hay una definición generalmente aceptada de lo que constituye un asunto "internacional", aunque entre los factores determinantes podría incluirse la consideración de si una o varias de las empresas implicadas (o afectadas por las prácticas en cuestión) se ha constituido fuera de los Estados Unidos, si la conducta pertinente tuvo lugar en el extranjero, si algunas pruebas importantes están también localizadas en el exterior o si un gobierno extranjero participa en la conducta anticompetitiva. Esta falta de datos se debe en parte a la tradicional política del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio, los cuales "no hacen discriminación, en la aplicación de la legislación

---

<sup>2</sup> Como ha explicado el Dr. Michael Porter, "pocas funciones del gobierno son más importantes para mejorar la calidad de una economía que asegurar una rivalidad interna vigorosa... . Una fuerte política antimonopolio, sobre todo en el área de las fusiones horizontales, alianzas y comportamientos colusorios, es fundamental para asegurar un ritmo satisfactorio de progreso de la economía". M. Porter, "The Competitive Advantage of Nations", 662-663 (1990).

antimonopolio, por razón de la nacionalidad de las partes. Tampoco emplean su autoridad legal para favorecer objetivos que no sean antimonopolísticos".<sup>3</sup> No obstante, sabemos que las actividades estadounidenses de aplicación de las leyes antimonopolio se están internacionalizando cada día más en lo que respecta a las empresas implicadas, la ubicación de las pruebas pertinentes y los intereses de otros países en la aplicación, entre otros factores. Por ejemplo, en 1997, casi el 30 por ciento de las investigaciones penales antimonopolio del Departamento de Justicia tuvieron importantes aspectos internacionales (frente al 10 por ciento en 1993) y se referían a empresas con sede en más de 20 países. Habitualmente, cerca del 50 por ciento de las investigaciones pendientes de la Comisión Federal de Comercio en relación con la fusión de empresas se refieren a asuntos en los que dicha Comisión ha mantenido contactos con autoridades extranjeras encargadas de la aplicación de la legislación antimonopolística, debido a que una o ambas partes, los activos pertinentes o informaciones importantes sobre terceros se encuentran localizados en el extranjero.

El aspecto internacional de las medidas antimonopolio aplicadas por el gobierno federal de los Estados Unidos ha variado enormemente a lo largo de los años.<sup>4</sup> El primer caso importante de alcance internacional fue el *American Tobacco*, incoado en 1907. En él, el Departamento de Justicia formuló acusaciones contra 94 empresas y particulares estadounidenses y dos empresas británicas, e impugnaba la creación por parte de los acusados de un monopolio privado del tabaco en los Estados Unidos. Parte de la conducta ilegal era un acuerdo entre fabricantes de tabaco estadounidenses y británicos en virtud del cual ambos se comprometían a mantenerse fuera del mercado "interno" del otro y dividirse el resto del mundo. Esta eliminación de la competencia tenía repercusiones perjudiciales para los consumidores estadounidenses (así como para los del Reino Unido y los de otros países a los que se orientaba el acuerdo). Cuando las empresas británicas argumentaron que su comportamiento no estaba incluido en la Ley Sherman, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó esa afirmación, y calificó la conducta de los demandados, tanto estadounidenses como británicos, como ilegal.<sup>5</sup> Aproximadamente en esas mismas fechas, el Departamento de Justicia impugnó varios acuerdos en virtud de los cuales varias empresas navieras competidoras de los Estados Unidos, el Canadá y Europa se comprometían a eliminar la competencia en los viajes que tenían como origen o destino los Estados Unidos; algunas de esas causas prosperaron, mientras que otras quedaron desplazadas por la Primera Guerra Mundial.<sup>6</sup> Una vez más, los acuerdos perjudicaban no sólo a los consumidores estadounidenses sino a los consumidores y empresas de otros países que utilizaban esas rutas marítimas.

No obstante, hasta los años cuarenta y primeros cincuenta, los organismos estadounidenses no comenzaron a plantear en número significativo de casos antimonopolio "internacionales" relacionados con empresas extranjeras o directamente vinculados al comercio internacional. Durante ese período, el Departamento de Justicia formuló acusaciones (penales en algunos casos, civiles en otros) contra una gran variedad de cárteles internacionales que contaban con empresas estadounidenses y europeas;

---

<sup>3</sup> Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* 2 (abril de 1995).

<sup>4</sup> La historia de las medidas internacionales antimonopolio aplicadas por el Gobierno Federal de los Estados Unidos se examina con detalle en numerosos tratados. Véanse, por ejemplo, W. Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws* 5-13 (5ª ed. 1996); B. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: a Comparative Guide* 1-28 (2ª ed. 1996); S. Waller, J. Atwood, K. Brewster y S. Waller's *Antitrust and American Business Abroad* § § 2.1-2.23 (1997).

<sup>5</sup> *United States v. American Tobacco Co.*, 221 US 106, 142-143, 181-184 (1911).

<sup>6</sup> *United States v. Pacific & Arctic Ry.*, 228 US 87 (1913); *United States v. Hamburg-Amerikanische Packetfahrt-AG*, 239 US 466 (1916).

entre los numerosos productos comprendidos figuraban el aluminio -el famoso caso *Alcoa*<sup>7</sup>-, los colorantes, las lámparas incandescentes, el nailon, el titanio, el carburo de tungsteno, los rodamientos de rodillo, el equipo óptico militar y los instrumentos para las aeronaves, entre otros.<sup>8</sup> Los términos de los acuerdos de cártel impugnados variaban de un caso a otro. Muchos de ellos eran semejantes al acuerdo alcanzado en *American Tobacco*: las empresas estadounidenses se comprometían a no vender en Europa y las europeas a no vender en los Estados Unidos, y se concertaban también otros arreglos para limitar la competencia en terceros países. Otros acuerdos de cártel se efectuaron a través de diversas restricciones contrarias a la competencia, relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual.<sup>9</sup> La reparación obtenida por el Departamento de Justicia contra estos cárteles varía también de unos casos a otros; se prohibió la ulterior aplicación de los cárteles en los mercados estadounidenses, y en algunos casos las empresas y los particulares fueron sancionados penalmente con multas (de cuantía considerable para aquella época).

Durante los años sesenta y hasta el final de los ochenta, los organismos estadounidense plantearon casos internacionales importantes, aunque relativamente poco frecuentes. Entre los ejemplos cabe citar el caso *Singer*, que suponía una conspiración -basada en un acuerdo de explotación común de patentes- entre productores estadounidenses y suizos de máquinas de coser, con el fin de eliminar las importaciones japonesas competidoras en los Estados Unidos<sup>10</sup>; el caso *Canadian Radio Patents*, en el que empresas estadounidenses y holandesas fueron acusadas de limitar las exportaciones estadounidenses de radios y televisiones al Canadá, mediante el uso anticompetitivo de acuerdos de explotación común de patentes<sup>11</sup>; el caso *Addison-Wesley Publishing*, en el que editoriales de los Estados Unidos y Gran Bretaña se habían repartido entre sí el mercado del libro<sup>12</sup>; y las acciones incoadas por el Departamento de Justicia contra líneas aéreas de los Estados Unidos y América Central por prácticas de fijación de precios en las rutas internacionales.<sup>13</sup> El Departamento de Justicia obtuvo también resarcimiento por mandato judicial contra asociaciones comerciales de los Estados Unidos que, a través de códigos de conducta discriminatorios, "sellos de aprobación", restricciones a la admisión como miembros y medidas semejantes, habían excluido a los competidores extranjeros de los mercados de equipo para manipulación de material y calderas.<sup>14</sup> Además, durante la última parte del período mencionado, los organismos estadounidenses encargados de la

---

<sup>7</sup> *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>8</sup> Véanse las referencias citadas en la nota 4, *supra*.

<sup>9</sup> Por ejemplo, en *United States v. National Lead Co.*, 332 US 513 (1947) -el caso del cártel del titanio- los miembros del cártel habían concertado una serie compleja de acuerdos sobre la utilización de sus derechos de patente, incluido el intercambio de patentes, cuyo resultado era imponer la aplicación del acuerdo de cártel.

<sup>10</sup> *United States v. Singer Mfg Co.* 374 US 174 (1963).

<sup>11</sup> *United States v. General Electric Co.*, 1962 Trade Cas (CCH) 70,342, 70,428, 70,546 (S.D.N.Y. 1962).

<sup>12</sup> *United States v. Addison-Wesley Publ. Co.*, 1976-2 Trade Cas. (CCH) 61,225 (S.D.N.Y. 1976).

<sup>13</sup> *United States v. Air Florida, Inc.*, Crim. N° 84-260 (D.D.C. incoado el 11 de julio de 1984). Los acusados fueron sancionados penalmente con multas.

<sup>14</sup> *United States v. American Soc'y of Mechanical Engineers, Inc.*, 1972 Trade Cas. (CCH) 74,028 (S.D.N.Y. 1972); *United States v. Material Handling Institute, Inc.*, 1973-1 Trade Cas. (CCH) 74,362 (W.D. Pa. 1973).

competencia comenzaron a examinar un número cada vez mayor de fusiones y adquisiciones en las que habían participado empresas estadounidenses y extranjeras.

Durante los años noventa, la aplicación de las leyes antimonopolio en los Estados Unidos ha tenido con frecuencia dimensiones internacionales. En nuestros días gran parte de la labor del Departamento de Justicia relacionada con la aplicación de medidas penales antimonopolio se refiere a los cárteles internacionales, numerosas actividades de dicho Departamento y de la Comisión Federal de Comercio en el terreno de las fusiones de empresas se refiere a fusiones y adquisiciones con una u otra forma de participación extranjera o probables efectos en otros países, y gran parte de la labor de ambos organismos en el contexto de otras prácticas anticompetitivas se produce en un entorno internacional. En la reciente comunicación de los Estados Unidos sobre la cooperación antimonopolística<sup>15</sup> se mencionan muchos ejemplos de medidas internacionales antimonopolio que suponen la cooperación entre los Estados Unidos y los organismos extranjeros encargados de esos asuntos, por lo que no es necesario repetirlos en estas páginas; bastará con recoger algunos ejemplos adicionales.

En los últimos años, el Departamento de Justicia ha iniciado una serie de enjuiciamientos penales contra cárteles internacionales de fijación de precios y reparto de mercados<sup>16</sup> en relación con productos y servicios tan diversos como el papel térmico para aparatos de fax, vajillas de plástico, diamantes industriales, plaguicidas, metales pulverizados, fibra de agave, lisina, gluconato sódico, construcción marina y servicios de transporte<sup>17</sup>, y -hace sólo un mes- electrodos de grafito.<sup>18</sup> La mitad de los supuestos cárteles internacionales que están sometidos actualmente a investigación por el Departamento de Justicia representan un volumen de más de 100 millones de dólares EE.UU. al año en el comercio de los Estados Unidos, mientras que algunos, como la conspiración *Graphite Electrodes*, han supuesto un total de más de 1.000 millones de dólares EE.UU. al año en ese comercio. Naturalmente, estas conspiraciones pueden afectar también a un volumen muy considerable del comercio no estadounidense.

Un caso reciente importante, la conspiración del ácido cítrico, servirá para ilustrar algunos temas frecuentes en relación con los cárteles internacionales. En dicho caso, cuatro empresas -Archer Daniels Midland Company, de los Estados Unidos; una filial estadounidense de la Bayer AG, empresa alemana, y Hoffman-LaRoche y Jungbunzlauer, ambas suizas- así como varios nacionales

---

<sup>15</sup> Experiencia de los Estados Unidos con los Acuerdos de Cooperación Antimonopolística, WT/WGTCP/W/48 (24 de noviembre de 1997), en 5-7.

<sup>16</sup> Estos cárteles podrían utilizar también con el mismo fin prácticas de limitación de la producción o de reparto de clientes.

<sup>17</sup> En *United States v. Heeremac, V.O.F.*, N° 97-CR-869 (N.D. III. incoado el 22 de diciembre de 1997), una empresa holandesa y un nacional también holandés acordaron reconocerse culpables de colusión en las licitaciones de servicios de construcción marina para cargas pesadas en los Estados Unidos y otros países. En *United States v. Dockwise, N.V.*, N° 97-CR-870 (N.D. III. 22 de diciembre de 1997), caso semejante incoado al mismo tiempo, una empresa belga, su filial estadounidense y dos nacionales holandeses se reconocieron culpables de colusión en las licitaciones de servicios de transporte de cargas pesadas semisumergibles en los Estados Unidos y en otros países. En los dos casos, los acusados aceptaron ser sancionados penalmente con multas por un total de 65 millones de dólares EE.UU. Estas investigaciones continúan todavía.

<sup>18</sup> *United States v. Showa Denko Carbon, Inc.*, N° 98-85 (E.D.Pa. incoado el 23 de febrero de 1997). En ese caso, la filial estadounidense de una empresa japonesa se declaró culpable de participar entre 1993 y enero de 1997 en una conspiración internacional para fijar los precios y asignarse en todo el mundo cuotas de mercado de los electrodos de grafito, que se utilizan en la producción de acero. Como ya se ha observado, esta conspiración afectó a una parte muy considerable del comercio de los Estados Unidos. La investigación continúa.

extranjeros se declararon culpables de conspirar para fijar los precios y repartirse en los Estados Unidos y otros lugares las ventas de ácido cítrico, aditivo alimentario, durante el período comprendido entre julio de 1991 y junio de 1995. El valor de las ventas anuales de este producto en todo el mundo supera los 1.200 millones de dólares EE.UU. La conspiración fue un proceso complejo. Altos ejecutivos de dichas empresas mantuvieron en todo el mundo reuniones secretas en las que aprobaban a grandes rasgos los términos de la conspiración, dejando luego a los ejecutivos de rango inferior la elaboración de los detalles y la aplicación del acuerdo. Los miembros del cártel aprobaron un sistema muy elaborado de aplicación para supervisar su acuerdo. Primero, se ponían de acuerdo en los precios que cobrarían por el ácido cítrico y el porcentaje exacto de la cuota de mercado total que cada participante estaba autorizado a vender en todo el mundo. Luego, cada compañía comunicaba sus cifras mensuales de venta mundial a sus colaboradores en la conspiración, para que pudieran comprobar si cada compañía se mantenía dentro del volumen porcentual de ventas a ella asignado. Finalmente, al concluir el año los conspiradores examinaban las ventas de todos los demás, y las compañías que vendían más de la parte asignada se veían obligadas a adquirir al año siguiente los excedentes de otro conspirador que no había llegado a alcanzar el volumen que se le había asignado. El total de las sanciones penales estadounidenses ha superado hasta ahora los 140 millones de dólares EE.UU. Las acciones privadas de triple indemnización por daños y perjuicios incoadas por empresas que supuestamente se habían visto perjudicadas por la conspiración están todavía pendientes.

La mayor parte de las fusiones, tanto nacionales como internacionales, no presentan problemas significativos de competencia. De hecho, un resultado importante de la globalización ha sido el ingreso de nuevos competidores extranjeros en los mercados estadounidenses, por lo que algunas fusiones que anteriormente podrían haber sido anticompetitivas ahora ya no lo son. No obstante, algunas fusiones internacionales son problemáticas y es muy probable que sean examinadas por varias jurisdicciones. Entre los casos recientes de fusiones internacionales planteados por las autoridades estadounidenses se incluyen el caso *Kimberly Clark/Scott* de 1995, relativo a una fusión de empresas competidoras de productos de papel con sede en los Estados Unidos que promovió investigaciones antimonopolio en varios países, entre ellos los Estados Unidos, el Canadá, Costa Rica, la Unión Europea (UE) y México, y dio lugar a órdenes correctivas de desinversión en varios países, entre ellos los Estados Unidos. Otro ejemplo es el caso de fusión *Allison/ZF* de 1994, en que el Departamento de Justicia y la Oficina Federal Alemana de Cáteles investigaron, cada una por su cuenta, la adquisición por un competidor alemán de un productor estadounidense de transmisiones para camiones; ambas agencias decidieron tratar de bloquear la transacción, que con el tiempo fue abandonada por las partes.<sup>19</sup>

De la misma manera, en estos mismos años la Comisión Federal de Comercio y la UE se han ocupado de numerosas fusiones en el sector farmacéutico con efectos transfronterizos, por ejemplo, *Glaxo/Wellcome*, *Upjohn/Pharmacia* y *Ciba-Geigy/Sandoz*.<sup>20</sup> Estos casos ponen de manifiesto que algunos mercados geográficos pertinentes continúan siendo "nacionales" cuando se trata de medicamentos y dispositivos aprobados -debido a los regímenes nacionales de concesión de licencias-, pero que pueden existir mercados mundiales en lo que se refiere a productos en fases avanzadas de investigación, desarrollo y comprobación. Varias de estas fusiones suscitaron la preocupación de que algunos nuevos adelantos prometedores podrían verse frustrados antes de llegar al mercado. Por ejemplo, en el caso *Ciba-Geigy/Sandoz*, las partes -ambas suizas- concluyeron con la Comisión

---

<sup>19</sup> La OCDE ha publicado el estudio *Merger Cases in the Real World: a Study of Merger Control Procedures* (1994), que contiene abundante información útil sobre los casos recientes de fusiones internacionales, con inclusión de nueve estudios monográficos.

<sup>20</sup> *Glaxo plc*, FTC Docket N° C-3586, notificado en 5 Trade Reg. Rpt. (CCH)¶23,784 (1995) *The Upjohn Company*, FTC Docket N° C-3638, notificado en 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) 23,914 (1996); *Ciba-Geigy Ltd.*, FTC Docket N° C-3725, notificado en 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) 24,182 (1997).

Federal de Comercio un acuerdo de avenencia para la concesión de licencias de determinados derechos de propiedad intelectual con el fin de mantener la competencia en el desarrollo de terapias genéticas para el tratamiento del cáncer.

Algunas fusiones y adquisiciones pueden tener importantes efectos más allá de las fronteras de los países donde las partes que se fusionan tienen su sede o los centros de producción. Por ejemplo, en el caso *Boeing/McDonnell Douglas*, las instalaciones de producción de las partes estaban ubicadas en los Estados Unidos, pero sus clientes se encontraban distribuidos por todo el mundo. La fusión fue autorizada previo examen de la Comisión Federal de Comercio<sup>21</sup> y la UE<sup>22</sup>, después de que las partes asumieran ciertos compromisos con la UE. De la misma manera, la fusión *Oerlikon-Bührle/Leybold* de 1994<sup>23</sup> afectó a activos de producción ubicados en Alemania y Suiza pero con una importante red de distribución en los Estados Unidos. La Comisión Federal de Comercio y la Oficina Federal Alemana de Cárteles coordinaron sus esfuerzos por obtener resarcimiento.

En lo que respecta a la medidas de aplicación contra otras prácticas anticompetitivas, hay varios ejemplos recientes de casos de los Estados Unidos con contexto internacional. En el caso *Pilkington* de 1994, el Departamento de Justicia acusó a una empresa británica y a su filial estadounidense de monopolizar el mercado mundial de vidrio plano. En la demanda se acusaba a la Pilkington de haber concertado con sus probables competidores (incluidas algunas empresas estadounidenses) acuerdos irracionalmente restrictivos de concesión de licencias y de haber utilizado, durante tres decenios, esos acuerdos y las amenazas de litigación para evitar que las empresas estadounidenses compitieran por diseñar, construir y gestionar fábricas de vidrio plano en otros países, aun cuando Pilkington no tuviera ya derechos de propiedad intelectual exigibles para justificar esas restricciones. El caso se resolvió mediante un decreto judicial previo acuerdo de las partes.<sup>24</sup> En otro caso, una empresa alemana, la Bayer AG, había efectuado considerables preparativos para ingresar en el mercado estadounidense con un insecticida recientemente patentado que, probablemente, representaría una importante competencia para la S.C. Johnson & Sons, con sede en los Estados Unidos y dominante en el mercado de ese país. En el último momento, Bayer decidió no entrar en el mercado estadounidense y prefirió conceder la licencia de su producto a Johnson. Como anteriormente parecía probable que Bayer entrase en el mercado de los Estados Unidos (bien directamente o mediante licencia), la actuación de la Bayer privó a los consumidores estadounidenses de un probable participante en el mercado de los insecticidas, sin ofrecer a cambio ninguna compensación. Por ello, el Departamento de Justicia impugnó esa conducta, y una sentencia convenida impuso la licencia.<sup>25</sup> Otros tres ejemplos recientes -los casos *Microsoft*, *Sabre* y *Nielsen*- se examinan en nuestra reciente comunicación a la OMC sobre la cooperación antimonopolística.

---

<sup>21</sup> Véanse las declaraciones independientes del Presidente de la Comisión Federal de Comercio Pitofsky (con los miembros de la comisión Steiger, Starek y Varney) y del miembro de la Comisión Azcuenaga, 1º de julio de 1997, en el asunto de la Boeing Co., disponible en la página de la Cámara Federal de Comercio en la Web, <http://www.ftc.gov>.

<sup>22</sup> *Boeing/McDonnell Douglas*, OJ L 336/16 (8 de diciembre de 1997), Caso Nº IV/M.877.

<sup>23</sup> *Oerlikon-Bührle Holding AG*, FTC Docket Nº C-355, notificado en 5 Trade Reg. Rpt (CCH) 23,697 (1994).

<sup>24</sup> *United States v. Pilkington plc*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) ¶70,842 (D. Ariz. 1994); véase Economic Report of the President, *supra*, en 210.

<sup>25</sup> *United States v. S.C. Johnson & Sons, Inc.*, 1995-1 Trade Cas. (CCH) 70,884 (N.D. Ill. 1994).



B. Repercusiones en las importaciones, las exportaciones y la inversión

Nuestro examen de las repercusiones que las prácticas anticompetitivas contra las que han actuado el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio puedan ejercer en las importaciones, exportaciones e inversión se organizará según el tipo de práctica, a saber, cártel, fusión y otras prácticas anticompetitivas, respectivamente.

De lo dicho anteriormente se desprende con claridad que los cárteles internacionales han tenido con frecuencia, tal como se habían propuesto sus miembros; una importante repercusión en las tres dimensiones del comercio internacional. Desde la época de *American Tobacco*, los acuerdos de reparto de mercados han tenido el efecto de restringir y, con frecuencia, eliminar por completo las importaciones estadounidenses de los productos o servicios correspondientes de otros países, las exportaciones de los Estados Unidos a otros países y la posibilidad de inversión competitiva de este país en el exterior (y viceversa). Otros acuerdos de cártel, como los relativos al ácido cítrico, limitan las ventas en general, pero quizá no tengan limitaciones específicas en cada país. Uno de los efectos de nuestras vigorosas actuaciones contra los cárteles ha sido el de abrir los mercados de los Estados Unidos a la competencia extranjera y alentar a las empresas estadounidenses a exportar a países que anteriormente habían convenido en evitar.<sup>26</sup> Y, obviamente, la actuación contra los acuerdos transfronterizos e incluso internos de fijación de precios y los beneficios para los consumidores tanto extranjeros como nacionales.<sup>27</sup>

Resulta más difícil resumir en forma concreta los efectos en el comercio que podrían resultar de las fusiones anticompetitivas -que normalmente se detienen antes de que ocurran como consecuencia de las prescripciones de los Estados Unidos sobre la notificación previa a la fusión. Precisamente porque los asuntos de fusiones de empresas en los Estados Unidos casi siempre se incoan antes de consumarse la transacción, los datos empíricos posteriores sobre los efectos en el comercio son en gran parte inexistentes. No obstante, en términos generales, las fusiones realizadas por competidores pueden tener dos tipos de efectos anticompetitivos: una reducción de la competencia mediante una interacción coordinada y/o una reducción de la competencia debido a los efectos unilaterales.<sup>28</sup> Trasladadas a un contexto internacional, las fusiones anticompetitivas podrían tener algunos de los efectos producidos en el comercio por los cárteles y otras prácticas

---

<sup>26</sup> El caso *Addison Wesley* antes citado tuvo la consecuencia de "abrir a las editoriales de los Estados Unidos mercados extranjeros que anteriormente les estaban cerrados". 1 Hawk, *supra*, en 20.

<sup>27</sup> Por ejemplo, en 1992, el Departamento de Justicia incoó una querrela civil acusando a ocho compañías aéreas de los Estados Unidos y a la Airline Tariff Publishing Company (ATP) de prácticas de fijación de precios en los vuelos nacionales. La ATP, que es propiedad de un grupo de compañías aéreas, entre ellas las demandadas, es un servicio de recopilación y difusión de datos sobre tarifas aéreas. El Departamento de Justicia alegó que, a través de la ATP, las compañías aéreas podían entablar entre ellas un diálogo detallado sobre las tarifas futuras, cuyo resultado era un acuerdo sobre la cuantía de éstas o sobre la eliminación de los descuentos. El caso se solucionó mediante sentencias convenidas en virtud de las cuales todas las compañías acusadas se comprometían a abstenerse del comportamiento mencionado en la acusación. *United States v. Airline Tariff Publ. Col.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. 1994); 1993-2 Trade Cas. 70,409 (D.D.C. 1993).

<sup>28</sup> Puede verse una exposición de estos dos tipos de posibles efectos en el documento del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio titulado *Horizontal Merger Guidelines* §2 (8 de abril de 1997). Como se explica en esas directrices, la interacción coordinada "consiste en una serie de acciones realizadas por un grupo de empresas que son rentables para cada una de ellas únicamente porque las demás van a responder favorablemente". Por ejemplo, una subida de precios sólo podría ser rentable si los rivales hacen otro tanto. Los efectos unilaterales, como indica el mismo término, constituyen acciones -como la subida de precios o la supresión de productos- que las empresas pueden realizar en forma rentable por su propia cuenta.

anticompetitivas: una subida de los precios para los consumidores de los Estados Unidos (y extranjeros) y/o una reducción de la producción, con el resultado de que algunos consumidores que podrían adquirir el producto a precios competitivos se verían privados de esa posibilidad. Por ejemplo, en el caso *Shell/Montedison*<sup>29</sup>, la Comisión Federal de Comercio alegó que la fusión de las actividades de producción de polipropileno de la Shell y la Montedison podría mermar la capacidad de la empresa conjunta ya establecida Union Carbide/Shell de vender para la exportación mediante la concesión de licencias para el uso de la tecnología del polipropileno. El acuerdo de avenencia y el decreto judicial definitivo en ese caso tenían como objetivo mantener la competencia en el mercado mundial para las licencias de utilización de la tecnología del polipropileno.

En los últimos años, las empresas conjuntas (a veces llamadas "alianzas estratégicas") han constituido un medio a través del cual las empresas han podido "tantear el terreno" en un nuevo mercado. Por ejemplo, cuando la Comisión Federal de Comercio autorizó, con sujeción a determinadas condiciones, la empresa conjunta automovilística *General Motors/Toyota* en 1983<sup>30</sup>, Honda y Nissan habían establecido ya centros de producción en los Estados Unidos. No obstante, Toyota tenía algunas dudas sobre ese tipo de iniciativa y prefirió establecer una empresa conjunta con la GM, que también permitía a ésta aprender sobre los métodos de producción japoneses. Otra empresa conjunta "de aprendizaje" entre Nippon Sheet Glass (NSG), del Japón, y Pilkington S.A., del Reino Unido, despertó los intereses de defensa de la competencia de la Comisión Federal de Comercio en 1990. Pilkington era el mayor productor mundial de vidrio obtenido mediante el proceso de "flotación", y pertenecía a Libbey-Owens-Ford (LOF), uno de los mayores productores estadounidenses de vidrio plano. NSG era también un importante productor de vidrio plano en el Japón y en otros países de Asia y el Pacífico. NSG concertó un acuerdo para adquirir de Pilkington el 20 por ciento de las acciones de LOF. Como complemento de ese acuerdo de adquisición de capital accionario se incorporó un acuerdo sobre capacidad que habría prohibido tanto a Pilkington como a NSG construir o adquirir de forma independiente capacidad de producción de vidrio plano en América del Norte, excepto a través de LOF, durante un período de cinco años. Este asunto se resolvió mediante un acuerdo de avenencia, en virtud de la cual las partes derogaron el acuerdo sobre capacidad y se comprometían a no limitar la capacidad de producción en América del Norte ni las importaciones en esa región.<sup>31</sup> Así pues, las empresas conjuntas pueden tener la ventaja procompetitiva de autorizar la inversión o las empresas extranjeras en un nuevo mercado, pero deben analizarse con cuidado para comprobar que no van a impedir el ingreso posterior de participantes extranjeros o nacionales.

Los posibles efectos de otras prácticas anticompetitivas en el comercio varían, naturalmente, de acuerdo con el tipo de práctica de que se trate. El comportamiento observado en algunos casos de los Estados Unidos relacionados con acuerdos entre competidores, como los casos *Singer*, *Material Handling* y *S.C. Johnson* de que se ha hablado antes, tuvieron el efecto de excluir a los competidores extranjeros (con o sin su consentimiento) de los mercados de los Estados Unidos. Otros casos, como el planteado recientemente por el Departamento de Justicia en relación con *Laminated Tubes*<sup>32</sup>, suponían acuerdos más amplios para mantener a las empresas estadounidenses alejadas de los mercados externos y a las compañías extranjeras fuera de los Estados Unidos. Finalmente, otros casos, como el de *Pilkington*, incoado también por el Departamento de Justicia, contenían

---

<sup>29</sup> *Montedison/Shell*, FTC Docket N° C-3580, notificado en 5 Trade Reg. Rpt. (CCH) 23,749 (1995).

<sup>30</sup> *General Motors Corp.*, 103 F.T.C. 374.

<sup>31</sup> *Nippon Sheet Glass Co., Ltd.*, 114 F.T.C. 568.

<sup>32</sup> *United States v. American National Can Co.*, 1996-2 Trade Cas. (CCH) 71,641 (D.D.C. 1996).

comportamientos monopolísticos orientados a mantener a los exportadores estadounidenses alejados de los mercados externos.

C. Gama de productos y alcance geográfico

Como se ha indicado más arriba, de la experiencia de los Estados Unidos en la aplicación de las leyes antimonopolísticas internacionales se desprende que los comportamientos anticompetitivos han estado relacionados con una variedad muy amplia de productos y servicios. Si bien muchos de los productos implicados en los acuerdos de cártel han sido productos básicos sin marca (por ejemplo, titanio, lisina, gluconato sódico), no ha ocurrido así en todos los casos (por ejemplo, en los relacionados con el equipo óptico militar o las vajillas de plástico). Aun cuando han sido relativamente pocos los casos de cárteles internacionales relacionados con los servicios (cabría señalar como excepciones evidentes los vinculados con el transporte marítimo, las compañías aéreas y el transporte y la construcción marina), la amplia experiencia de los Estados Unidos en la aplicación de la ley en casos de colusión en las licitaciones para contrataciones internas, públicas y privadas, así como la creciente globalización de los mercados de servicios financieros, telecomunicaciones y otros hacen pensar que en el futuro los casos podrían ser mucho más numerosos. Muchos casos relacionados con otras prácticas anticompetitivas (por ejemplo, *Singer, Canadian Radio Patents, Pilkington* y *S.C. Johnson*) han supuesto la utilización anticompetitiva de los derechos, reales o supuestos, de propiedad intelectual con respecto a productos de marca, mientras que otros han estado en relación con los servicios (por ejemplo, *Sabre* y *Nielsen*). Sería difícil formular observaciones generales sobre los productos y servicios implicados en nuestros casos internacionales de fusión de empresas, y quizá lo único que se puede afirmar es que comprenden una gran variedad de productos y servicios, desde las telecomunicaciones hasta las transmisiones para camiones.

Con respecto al ámbito geográfico de las cuestiones antimonopolísticas internacionales, lógicamente los organismos de los Estados Unidos se ven obligados por sus propios estatutos a concentrar la atención en el efecto producido por las conductas anticompetitivas en el comercio interno y externo de los Estados Unidos. Así ocurre con los cárteles, las fusiones de empresas y otras prácticas semejantes. Los organismos antimonopolísticos de los Estados Unidos, en su seguimiento de las conductas internacionales anticompetitivas, han concentrado su atención, exclusivamente o de manera fundamental, en las importaciones y/o exportaciones efectuadas por los Estados Unidos. Así lo demuestran los casos relativos a los cárteles de reparto de mercados, desde *American Tobacco* hasta *Graphite Electrodes*, todavía pendientes. Pero el objetivo de esos acuerdos de cártel ha sido, naturalmente, proteger a las empresas extranjeras así como a las estadounidenses frente a los rigores de la competencia (con resultados nocivos para los consumidores de los Estados Unidos y de otros países). Un número significativo de esos acuerdos han tenido un componente geográfico externo; según las condiciones de mercado vigentes y los intereses de los miembros del cártel, algunos acuerdos se referían a los Estados Unidos y Europa, otros a América del Norte y otros eran de alcance mundial.

No obstante, es importante reconocer que, si bien las autoridades antimonopolísticas de los Estados Unidos se ocupan ante todo del efecto de las prácticas anticompetitivas en los precios y la producción dentro del comercio estadounidense, muchas de estas prácticas afectan a la capacidad de las empresas extranjeras de penetrar en los mercados o de obtener insumos de bajo precio. Estas prácticas impiden también a los consumidores, no sólo de los Estados Unidos sino también de otros países, adquirir productos de calidad a precios competitivos.

D. Medidas correctivas, disuasión y posibles mejoras en la observancia internacional

A lo largo de los años, el Congreso de los Estados Unidos ha ofrecido a los organismos encargados de la competencia los instrumentos que necesitan para hacer observar las leyes pertinentes. Desde el comienzo, las violaciones de la Ley Sherman han sido sancionables como

delitos y como infracciones civiles, y pueden ser objeto de proceso judicial tanto las personas como las empresas. Las sanciones por los delitos penales son significativas: multas de hasta 10 millones de dólares EE.UU. cuando la acusación recae sobre empresas, y sentencias de reclusión de hasta tres años y/o multas de hasta 350.000 dólares EE.UU. cuando se trata de personas físicas.<sup>33</sup> En los casos relacionados con fusiones de empresas y otras prácticas anticompetitivas en el marco de las leyes Sherman, Clayton o de la Comisión Federal de Comercio, los organismos pueden obtener resarcimiento por orden judicial en la forma necesaria para detener o corregir de alguna manera el comportamiento anticompetitivo de que se trate.

El problema de si las leyes antimonopolio de los Estados Unidos y las correspondientes medidas correctivas representan un nivel satisfactorio de disuasión frente al comportamiento privado anticompetitivo deben resolverlo los propios organismos estadounidenses. Por ejemplo, nuestros recientes procesamiento de cárteles internacionales han demostrado que no ha bastado un siglo de firme aplicación de la legislación antimonopolística para poner fin a los intentos de creación de cárteles en gran escala. Por esta razón, el Departamento de Justicia ha pedido recientemente al Congreso que aumente el máximo de las sanciones que se pueden fijar a las empresas en caso de fijación de precios, licitaciones colusorias y reparto de mercados, elevándolo hasta los 100 millones de dólares EE.UU. De la misma manera, actuaciones e investigaciones recientes del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio en los sectores de la informática y la defensa han planteado interrogantes sobre la forma en que se pueden y se deben aplicar a los mercados de alta tecnología las leyes antimonopolio. Pero la historia de la aplicación de la legislación antimonopolística internacional por los Estados Unidos revela que cuando se fragmentan los cárteles internacionales, cuando se impide el comportamiento monopolístico a escala internacional y cuando se reestructuran o se prohíben completamente las fusiones internacionales anticompetitivas, se observan en seguida los efectos positivos sobre la competencia (y muchas veces sobre el comercio), lo que redundará en beneficio de los consumidores.

La experiencia de los Estados Unidos en la exigencia de la observancia de las leyes antimonopolio en los últimos años, examinada en nuestra anterior comunicación sobre la cooperación antimonopolística, ha convencido a los organismos competentes de los Estados Unidos de que deben mejorar su capacidad de colaborar con sus homólogos extranjeros en las investigaciones internacionales, partiendo de una base de garantía del carácter confidencial de la información y de búsqueda del beneficio mutuo. En particular, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio están tratando de crear una red de acuerdos bilaterales de asistencia mutua para obtener e intercambiar pruebas que puedan utilizarse en los casos antimonopolio. En términos más generales, lo que debe hacerse para mejorar el entorno de la aplicación de las leyes antimonopolísticas internacionales es conseguir una cultura internacional de firme observancia de esas leyes, basada en el intercambio de experiencias, la cooperación bilateral y la asistencia técnica a los países que están dando los primeros pasos en la difícil tarea de promulgar y aplicar leyes de competencia. Este Grupo de Trabajo constituye un foro importante para ayudar a establecer esa cultura de la competencia.

### **III. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS: PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA COMERCIAL**

Desde la perspectiva del comercio, el problema de las prácticas anticompetitivas ha adquirido mucha mayor importancia en los últimos años debido fundamentalmente a dos factores, mutuamente relacionados entre sí: la globalización y el progreso internacional en la reducción de los obstáculos fronterizos al acceso a los mercados. Inicialmente, los expertos en política comercial solían ocuparse

---

<sup>33</sup> Las multas penales por prácticas antimonopolísticas pueden elevarse hasta el doble de los beneficios obtenidos por quienes han participado en la conspiración o el doble de la pérdida sufrida por las víctimas de la misma, si una de esas cantidades es mayor que el máximo legal de 10 millones de dólares EE.UU. en el caso de la empresas.

ante todo de las prácticas comerciales anticompetitivas toleradas o sancionadas por los gobiernos nacionales y su contribución a obstaculizar el acceso a los mercados extranjeros. No obstante, algunos insisten también en que las prácticas empresariales que distorsionan o limitan el comercio internacional se han hecho más patentes a medida que se han ido ampliando y desarrollando las normas multilaterales para superar los obstáculos gubernamentales. Además, como consecuencia de la creciente integración de la economía mundial, parece que muchas prácticas anticompetitivas tienen cada vez mayores dimensiones y efectos transfronterizos. Por ello, al valorar este tema debe tenerse también en cuenta la posibilidad de que tanto las prácticas privadas anticompetitivas como la correspondiente actuación (o inacción) gubernamental constituyan un obstáculo al comercio internacional. Entre las dimensiones de este problema cabe señalar la función de los monopolios de propiedad estatal, los derechos exclusivos y las políticas reguladoras, que se examinarán con mayor detalle en reuniones futuras de este Grupo de Trabajo.

En resumen, podemos observar una evolución gradual de la política comercial hacia una comprensión más amplia de los posibles impedimentos del acceso a los mercados. Esta evolución va más allá de los obstáculos fronterizos, como los aranceles, con el fin de garantizar otras mejoras significativas en las condiciones de acceso a los mercados, orientando la atención hacia una serie de obstáculos que afectan a las condiciones de la competencia en el mercado y que pueden limitar la capacidad de las empresas extranjeras de operar eficazmente en un mercado dado. Este concepto más amplio del acceso a los mercados abarca el grado de apertura de un mercado a la competencia de las empresas extranjeras, a través de las exportaciones o de la inversión. Por ello, en él se tienen en cuenta no sólo los obstáculos fronterizos al comercio y el establecimiento de obstáculos a los inversores sino también la naturaleza de las condiciones de competencia con que se encuentran los bienes, servicios, proveedores de servicios e inversionistas una vez que introducidos en el mercado en cuestión.

La comunidad empresarial internacional ha puesto también de manifiesto la necesidad de considerar los problemas del mercado, la competencia y la inversión dentro de un concepto más amplio de acceso a los mercados. Cada vez más, las empresas han manifestado su opinión de que se da una superposición creciente entre los conceptos comerciales tradicionales de acceso a los mercados, políticas de inversión y restricciones a la inversión extranjera, y la capacidad de competir eficazmente una vez que se ha facilitado el acceso y/o el establecimiento. En este sentido, en el Programa de acción de 1996 para la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se declara que "no basta ya con considerar los obstáculos 'al comercio' como el principal impedimento para las transacciones comerciales transfronterizas. De hecho, la atención debe orientarse cada vez más hacia un concepto más amplio de acceso a los mercados -a las normas internacionales para la realización de actividades comerciales a escala mundial".

Esta concepción más amplia del acceso a los mercados ha dado lugar a una expansión significativa de las disciplinas de la política comercial referentes a los obstáculos que no son fronterizos. Por ejemplo, las disposiciones del GATT/OMC en ámbitos como las normas, la valoración en aduana, las licencias de importación y la contratación pública existen ya desde hace casi dos decenios, mientras que las relativas a los servicios, a las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio y a la propiedad intelectual son relativamente nuevas.

#### A. Un posible marco para el análisis

Si bien en general se acepta esta perspectiva más amplia del acceso a los mercados, hay importantes divergencias de opinión entre las autoridades y dentro del mundo de los negocios y de la comunidad académica en cuanto a las consecuencias que esa aceptación debería tener en la orientación de las políticas. No obstante, una conclusión bastante equilibrada es la que mantiene que "los beneficios derivados de la liberalización del comercio internacional no se harán plenamente realidad a menos que se instaure una competencia eficaz en los mercados internos de las naciones que

mantiene relaciones comerciales mutuas; por otro lado, la instauración de una competencia eficaz en los mercados internos resulta mas difícil y costosa, por no decir imposible, si no se liberalizan el comercio y las inversiones internacionales. Ni la política comercial ni la de competencia bastan por sí solas para garantizar la exposición del mercado a la libre competencia y la eficiencia económica mundial".<sup>34</sup>

Con el fin de analizar las diversas formas de interrelación entre las restricciones a la competencia y los problemas del acceso a los mercados, hemos elaborado una matriz analítica basada en dos parámetros: i) si se ven afectados por la restricción todos los competidores, o sólo los competidores extranjeros; y ii) si la restricción se incluye o no dentro de una categoría general de medidas tradicionalmente sujetas a disciplinas antimonopolio.

Marco para el análisis de las cuestiones relacionadas con la competencia, desde la perspectiva del acceso a los mercados

	<b>Tradicionalmente sujetas a medidas correctivas antimonopolio<sup>35</sup></b>	<b>Cuestiones normativas y de otra índole que generalmente no se incluyen en las medidas correctivas antimonopolio</b>
<b>Afecta a los competidores extranjeros y nacionales</b>	Cuestiones del tipo A1	Cuestiones del tipo B1
<b>Afecta principalmente a los competidores extranjeros</b>	Cuestiones del tipo A2	Cuestiones del tipo B2

El planteamiento representado por la matriz anterior trata de reconocer que algunas prácticas anticompetitivas pueden levantar obstáculos contra todos los nuevos participantes, independientemente de que sean extranjeros o nacionales. Otras pueden discriminar sobre todo la competencia extranjera. Las cuestiones de los tipos A1 y A2 se encuentran entre las examinadas en la sección II de esta comunicación. Por el contrario, independientemente de que estén o no orientadas específicamente a los competidores extranjeros, no todas las prácticas del tipo de las examinadas en esta sección del documento se considerarían en todos los casos como objeto adecuado de medidas correctivas en virtud de la legislación antimonopolio.

Por ello, como se observa en la introducción de la presente comunicación, es posible que se planteen cuestiones prácticas y de política muy diferentes cuando las autoridades traten de responder acertadamente a las prácticas y medidas que se incluyen en alguno o varios de los cuatro cuadrantes de la matriz. En este sentido, desde una perspectiva del acceso a los mercados, parece desprenderse implícitamente de la matriz que las prácticas o condiciones que pueden distorsionar el comercio internacional no son únicamente las que se refieren a empresas ubicadas en diferentes países que

<sup>34</sup> Proyecto de informe del Grupo Mixto de Trabajo sobre la Competencia y el Comercio Internacional, de la Cámara Internacional de Comercio, distribuido y examinado en el "Foro Consultivo sobre la Competencia y la Política Comercial en el Panorama Mundial: Perspectiva Empresarial Internacional", París, 12 de febrero de 1998. En ese mismo proyecto de informe, la Cámara de Comercio Internacional manifiesta que "es todavía mucho lo que queda por hacer antes de que los problemas derivados de la relación entre comercio y competencia se puedan abordar en un proceso de negociación multilateral". Las opiniones reflejadas en ese informe no constituyen oficialmente las de los miembros de la Cámara de Comercio Internacional, mientras éstas no hayan sido aprobadas y adoptadas.

<sup>35</sup> Bien a través de prohibiciones *per se* o bien por la determinación de la existencia de una conducta anticompetitiva determinada mediante la aplicación de criterios razonables.

realizan prácticas privadas anticompetitivas, o que afectan a empresas o consumidores de diferentes países. Por ello, en este contexto interesan sin duda, pero no exclusivamente, los casos de aplicación internacional de medidas antimonopolísticas. Debe reconocerse también que en el mundo real pueden levantarse barreras a la competencia como consecuencia de situaciones en que la actividad anticompetitiva gubernamental y privada contribuyen a distorsionar el comercio.

B. Aplicación del marco: Ejemplos de interacción entre prácticas o medidas que pueden limitar la competencia y el acceso a los mercados

*Cuestiones del tipo A1.* En los casos relacionados con los mercados internos o transfronterizos, la conducta anticompetitiva privada no afectará meramente a los competidores externos y a los posibles participantes nacionales. Puede contribuir también a dificultar o impedir a los competidores extranjeros el acceso a los mercados. Esto podría aplicarse a casi todos los distintos tipos de prácticas anticompetitivas normalmente sometidas a examen antimonopolio y a posibles medidas correctivas, incluidas conductas como la manipulación de licitaciones, la asignación de mercados y otras actividades de los carteles en sentido estricto, las restricciones verticales (incluidos los acuerdos de distribución), las prácticas monopolísticas y otras restricciones a la competencia ejercidas por empresas con poder de mercado.

Además, las prácticas anticompetitivas privadas inducidas, toleradas o hechas posibles por la acción (o inacción) gubernamental pueden afectar a los competidores tanto internos como externos. Por ejemplo, las estructuras de mercado que implican agrupaciones empresariales con considerables relaciones horizontales y verticales pueden tender a crear obstáculos anticompetitivos tanto al ingreso de empresas internas que no pertenecen a una de esas agrupaciones como a los competidores extranjeros, intentando negarles el acceso al mercado. No obstante, es posible que estos tipos de problemas no encajen siempre perfectamente dentro de la categoría A1. Estos problemas, sobre todo si se tienen en cuenta las relaciones gubernamentales y sus características estructurales, pueden incluirse también perfectamente dentro de la categoría B1, de la que se habla más adelante.

*Cuestiones del tipo A2.* En otros casos, la restricción correspondiente puede afectar fundamentalmente a empresas extranjeras. Quizá los ejemplos más claros de este tipo de situación serían los acuerdos horizontales entre competidores nacionales que tratan de excluir del mercado a los participantes extranjeros. Para ello podrían utilizarse una gran variedad de mecanismos, como la discriminación en la fijación de normas industriales, el establecimiento por parte de las asociaciones sectoriales de regímenes de concesión de licencias profesionales u otras restricciones, ciertas actividades de los cárteles de importación, las restricciones de acceso a los servicios esenciales, las prescripciones discriminatorias en materia de precalificación, las restricciones al acceso a las fases iniciales de diseño de los productos, etc.

*Cuestiones del tipo B1.* Las medidas patrocinadas por los gobiernos pueden limitar también la competencia interna e impedir el acceso de los competidores extranjeros a los mercados. Un ejemplo evidente son los monopolios estatales y las empresas comerciales del Estado, y todos los derechos especiales o privilegios que puedan concederles los gobiernos. Las políticas industriales públicas pueden utilizarse también para limitar el acceso al mercado de los competidores extranjeros e incluso para elegir "ganadores y perdedores" entre los competidores internos. Un caso menos obvio es el de los planes internos de reglamentación que pueden crear cargas innecesarias a la competencia y minar el proceso competitivo. Esto puede ocurrir cuando la política de reglamentación promueve indirectamente los monopolios y oligopolios, favorece a algunos competidores internos sobre otros competidores también internos y extranjeros, y no consigue mantenerse a la altura de las nuevas tecnologías convirtiéndose en un obstáculo inflexible al cambio -lo que generaría impedimentos al ingreso y al acceso a los mercados, eliminaría la necesidad de que las empresas innovaran y se hicieran más eficientes y centraría la atención en muchas ocasiones en las empresas consagradas más que en la competencia (interna o externa) en esa rama de actividad.

Esta intersección entre las restricciones a la competencia y el acceso a los mercados ha obligado, en algunos casos, a abordar los problemas de la competencia cuando se ha buscado la liberalización del comercio. Por ejemplo, para los negociadores del Acuerdo de la OMC sobre los Servicios de Telecomunicaciones Básicas era evidente que unos compromisos de acceso al mercado que no iban acompañados de las correspondientes garantías de acceso no discriminatorio a las redes de distribución y a otros servicios esenciales ofrecidos por anteriores abastecedores monopolísticos probablemente no conseguirían los beneficios previstos de la liberalización del comercio. Otro ejemplo es la inclusión del artículo VIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), en el que se contempla el problema del abuso de una posición monopolista y de los proveedores exclusivos de servicios que puedan limitar la competencia y, por lo tanto, el comercio de servicios. Finalmente, en el "Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros" en el marco del AGCS se alienta la supresión o limitación de diversas medidas aparentemente no discriminatorias que afectan, por ejemplo, a la gama de servicios que puede ofrecer una determinada entidad, los límites territoriales al establecimiento o expansión de las operaciones y "otras medidas que ... afecten desfavorablemente a la capacidad de los proveedores de servicios financieros de cualquier otro Miembro para actuar, competir o entrar en su mercado".

Además, los responsables de la elaboración de las políticas comerciales han centrado su atención en la necesidad de conseguir que los obstáculos a la competencia no devalúen los resultados de la liberalización del comercio o de las inversiones una vez conseguida. Además de haber sido objeto de un litigio reciente sobre el acceso al mercado japonés de películas fotográficas, este interés se pone de manifiesto en los casos relacionados con el artículo II del GATT, los cuales revelan que es preciso proteger la identidad de los compromisos de acceso a los mercados frente a algunas prácticas restrictivas adoptadas dentro de los países que constituyen una función de la estructura de mercado, como la explotación del poder monopolístico.<sup>36</sup>

En muchos casos, las restricciones a la competencia o al acceso a los mercados derivadas de esas intervenciones gubernamentales o del control reglamentario no están sometidas a la acción de las autoridades antimonopolio ni de los tribunales a tenor de lo dispuesto en los estatutos antimonopolio. No obstante, durante los procesos de privatización o de reglamentación, la política de competencia puede constituir una salvaguardia fundamental para evitar que los obstáculos privados sustituyan a la reglamentación gubernamental como medio de limitar la competencia. Se necesita una política de competencia que funcione eficazmente para evitar que las empresas consagradas, después de haber aprendido a colaborar con los responsables de la reglamentación y entre sí para configurar las normas del juego en el anterior contexto reglamentario o en su condición de entidades estatales, incurran en actitudes colusorias después de la desreglamentación para disuadir a posibles nuevos participantes y mantener unos precios no competitivos. Además, una política de competencia eficaz debe evitar también que los responsables de la reglamentación toleren prácticas anticompetitivas privadas a través de la inacción del gobierno o su consentimiento a dictar normas o reglamentos innecesarios pero respaldados por esa rama de actividad. En ese sentido, la política de competencia contribuye también a garantizar mejores condiciones de acceso a los mercados para las empresas extranjeras.

*Cuestiones del tipo B2.* Algunas prácticas patrocinadas por los gobiernos pueden orientarse sobre todo contra los abastecedores extranjeros. En tales casos, las cuestiones son en gran parte las mismas descritas en el apartado B1 anterior, con el agravante de la discriminación. Así, las estructuras reglamentarias discriminatorias, las restricciones impuestas a la inversión extranjera directa pero que

---

<sup>36</sup> Véase el informe del Grupo Especial encargado del caso "Canadá - Importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización" (1988). Cuando las prácticas de un monopolio de propiedad estatal que queda fuera del alcance de la aplicación de las leyes antimonopolísticas de la autoridad nacional encargada de la competencia estén contribuyendo a limitar el ingreso y el acceso sobre todo de competidores extranjeros, podría considerarse que se trata de un caso del tipo B2.



no se aplican igualmente a inversores internos en circunstancias semejantes, algunas normas arbitrarias y determinadas prácticas de las compras estatales podrían constituir otros tantos ejemplos de este tipo de problema. En cada uno de esos casos, las restricciones correspondientes dificultarían a las empresas extranjeras el establecimiento y/o la competencia eficaz en el mercado interno, lo que plantearía un problema de acceso a los mercados desde la perspectiva comercial.

Una vez más, en el caso de que la desreglamentación o liberalización de las restricciones promovidas por los gobiernos se produzcan en esas situaciones, la aplicación eficaz de la política de competencia ayudaría también a salvaguardar los beneficios previstos de esas políticas de liberalización, en particular los derivados de unas condiciones más favorables de acceso a los mercados para los bienes o servicios extranjeros.

### C. Posibles medidas correctivas y sus repercusiones

Volviendo a un punto al que hemos aludido en general en varias ocasiones en la exposición precedente, desde la perspectiva de la política de competencia no todas las prácticas que limitan las opciones comerciales representan una pérdida neta para el bienestar de los consumidores. Más allá de los casos relativamente poco numerosos en que las restricciones limitan claramente el bienestar (por ejemplo, la fijación de precios y la manipulación de las licitaciones) y las prácticas son de por sí ilegales, el análisis de la competencia utiliza un planteamiento puntual y basado en la aplicación de "criterios razonables", que intenta comparar las posibles pérdidas derivadas de las prácticas comercialmente restrictivas con los posibles aumentos de eficiencia que se podrían derivar. Así, en un determinado caso, el análisis podría revelar que un acuerdo contractual entre un fabricante y un distribuidor consigue un aumento de la eficiencia (en forma de reducción de los costos de organización, prestación de mejores servicios a los consumidores, etc.) suficiente para compensar con creces el posible riesgo de limitar la competencia de los productores rivales.

En un contexto transfronterizo, esta ponderación relativa de las ganancias y las pérdidas realizada por el organismo interno encargado de las medidas antimonopolio podría ser interpretada de distinta manera por los encargados de la política de comercio (y/o competencia) en el mercado extranjero. Las razones no siempre son las mismas. Puede verse un interesante examen de esta situación en la sección III.3 del capítulo sobre comercio y política de competencia del Informe Anual de la OMC de 1997. En él, el autor llega a la conclusión de que "el mero hecho de que una decisión nacional en materia de política de competencia afecte negativamente a otro país no hace que esa política que esté injustificada desde el punto de vista de la eficiencia mundial. Para que la política de competencia sea reprobable desde ese punto de vista, ha de entrañar una distorsión, es decir, que las consecuencias negativas que tenga para los intereses extranjeros han de exceder de las ventajas que reporte a los agentes económicos nacionales".<sup>37</sup>

Las autoridades encargadas de la política comercial se mostrarán preocupadas siempre que haya restricciones, públicas o privadas, que impidan en forma significativa el acceso a los mercados extranjeros. Por ello, en principio, deberían preocuparle las restricciones que se producen en cada uno de los cuatro recuadros de la matriz anterior. Además, no debe tratarse necesariamente de restricciones discriminatorias, ya que los obstáculos públicos o privados impuestos a todos los

---

<sup>37</sup> Véase la página 66. Por supuesto, independientemente de que haya una justificación válida para incrementar la cooperación internacional, casi no haría falta señalar que, en la actualidad, no es de prever que los encargados de la política comercial o de la de competencia basen las decisiones relacionadas con la legislación o la política nacional en razones de "eficiencia mundial". Por otra parte, incluso desde una perspectiva nacional, algunos mantienen que quizá sea legítimo preguntarse si, en ciertos casos, en el análisis realizado en la política de competencia sobre los posibles beneficios y pérdidas de una práctica restrictiva se han tenido debidamente en cuenta los beneficios que se derivarían de la posible competencia extranjera.

posibles participantes en el caso de un mercado nacional o internacional se considerarían desde la perspectiva de una política comercial como un obstáculo posible o real al acceso a los mercados.

Con esos antecedentes, podemos evaluar los diversos supuestos con el fin de tratar de comprender el posible interés de los responsables de la política comercial en las medidas o prácticas en cuestión así como en la naturaleza de las posibles acciones correctivas que se podrían aplicar.

1. Cuestiones del tipo A1

Desde la perspectiva de la política comercial, una ley de competencia que funcione debidamente debe poder corregir las restricciones de este tipo y, por lo tanto, resolver los problemas del acceso a los mercados y de la competencia interna. Así pues, suponiendo la existencia de una ley de competencia acertada y su aplicación en los mercados extranjeros, las autoridades encargadas de la política comercial confiarían las cuestiones del tipo A1 a la atención de sus colegas encargados de la política de competencia. En la sección II del presente documento se han descrito detalladamente ejemplos concretos de "aplicación de la legislación antimonopolística internacional" por la autoridades de los Estados Unidos.

En tales casos, cabría la posibilidad de que hubiera divergencia de intereses entre las autoridades encargadas de la política comercial y la de competencia si la aplicación de criterios razonables permitiera deducir que las restricciones al comercio eran insuficientes para justificar la intervención de las autoridades antimonopolio en el mercado, y a pesar de todo subsistiera un problema comercial. En la medida en que se considerara que estas restricciones comerciales contribuían en forma significativa al problema de acceso a los mercados, las autoridades encargadas de la política comercial podrían revisar su actitud previa de abstención (por ejemplo, podrían llegar a la conclusión de que se trataba, de hecho o al menos de forma predominante, de prácticas del tipo B1). La política comercial podría efectuar un cálculo semejante en aquellos casos en que las leyes antimonopolio o no existen o no se aplican en un mercado en el que se están produciendo restricciones.

2. Cuestiones del tipo A2

Muchas de estas mismas consideraciones se aplican a las cuestiones del tipo A2. En principio, las medidas correctivas antimonopolio deben ser válidas para resolver las prácticas anticompetitivas, por lo que resolverían también el impedimento al acceso a los mercados. No obstante, puede ocurrir que las restricciones del tipo A2 (las que afectan principalmente a los competidores extranjeros) no se señalen fácilmente a la atención de las autoridades encargadas de la ley de competencia en ese mercado, sobre todo si las empresas extranjeras no pueden impugnar tales prácticas en virtud de las leyes de ese país. Por ello, en algunos casos, es posible que deban presentarse primero en un contexto comercial antes de que puedan ser analizadas y resueltas desde la perspectiva de la política de competencia. Una vez más, hay posibilidades de divergencia de intereses y de autoridades entre los encargados de la política de comercio y la de competencia, sobre todo cuando las leyes antimonopolio no existen o no se aplican o cuando esas prácticas contienen o implican cuestiones del tipo B2.

3. Cuestiones del tipo B1

Cuando las medidas correctivas antimonopolio no resuelven las restricciones correspondientes, las autoridades encargadas de la política comercial en el país exportador o inversor tendrán normalmente mucho mayor interés en participar en la definición de los planteamientos utilizados para evitar que las condiciones comerciales impidan eficazmente el acceso a los mercados. Dado el hecho de que la reforma reglamentaria y la eliminación de los obstáculos al acceso a los mercados generalmente tienen efectos procompetitivos que refuerzan las funciones de la legislación y

política de competencia, parece que hay una fuerte convergencia natural de intereses entre las autoridades encargadas del comercio y las que se ocupan de la política de competencia en el mercado destinatario, convergencia que les llevaría a promover esa reforma y/o liberalización. Es evidente que la reducción o eliminación de los obstáculos a la competencia extranjera tiene fuertes posibilidades de estimular la competencia en el mercado interno y, de esa manera, aumentar el bienestar. Ello se sumaría a los beneficios globales de la mayor eficiencia en la asignación de recursos, derivados de los ahorros efectuados aprovechando sus ventajas comparativas a través del comercio.

4. Cuestiones del tipo B2

Al parecer, se trata de una esfera en que las autoridades encargadas de la política comercial deberían desempeñar un papel de protagonistas tanto para llamar la atención sobre esas cuestiones como para buscar los métodos más adecuados para corregir las prácticas que están restringiendo el acceso desde el extranjero. No obstante, también en este caso es posible que tanto las autoridades comerciales del país exportador o inversor como las autoridades encargadas de la política de competencia en el país anfitrión compartan un interés común por conseguir la liberalización de esas prácticas.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como se indica en la introducción, el análisis y la exposición aquí ofrecidos no pretenden ser ni un estudio exhaustivo de los efectos que las prácticas anticompetitivas ejercen sobre el comercio internacional, ni una fórmula detallada o perfecta para corregir esas prácticas desde la perspectiva de las políticas comerciales o de competencia. El fenómeno de la globalización de la inversión, la producción y el comercio presenta nuevos e interesantes retos a los expertos y a las autoridades dentro de ambas comunidades. No obstante, es claro que la variedad y complejidad de estos temas hace imposible una solución simplista o prefabricada. Por eso, debemos ser metódicos y, al mismo tiempo, mostrarnos atentos a las distinciones válidas sectoriales y de políticas conforme profundizamos en nuestra comprensión de estos temas en el contexto concreto de la OMC y de sus disposiciones.

---