

EL DEBATE SOBRE COMERCIO Y COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Gaëtan VERHOOSSEL¹

Miembro del Servicio Jurídico de la Organización
Mundial del Comercio, Ginebra. Doctor en Derecho
por la Universidad de Columbia, Nueva York

Maddi AZPIROZ GARMENDIA²

Powell Goldstein Frazer & Murphy LLP, Grupo
de Derecho Comercial Internacional, Ginebra. Máster
en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre comercio y política de la competencia ha adquirido suma actualidad. Verdad es que el interés por la materia no es, en absoluto, nuevo, pero se ha reactivado durante los últimos años gracias a la conversión del antiguo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947) en la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, en particular, a la creación del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia en el seno de la OMC. La Ronda de Uruguay creó efectivamente un sistema multilateral e integrado de acuerdos, que trascendía, en cierta medida, el ámbito de las políticas nacionales de los Estados miembros y sometía cada vez más dichas políticas a disciplinas multilaterales. El resultado no fue sólo una reducción progresiva de los obstáculos arancelarios —por lo menos con respecto a los productos industriales—, sino también de los llamados obstáculos técnicos al comercio³. El sistema también se extendió al sector de los

¹ Todas las opiniones expresadas son estrictamente personales y no representan las opiniones de la OMC, su Secretaría o sus Miembros. Muchas gracias a Robert Andersen por su ayuda y sus sugerencias. Email: gaetan.verhoosel@wto.org.

² Todas las opiniones expresadas son estrictamente personales y no representan las opiniones de las empresas o de los gobiernos a los que la autora asesora en el ejercicio de su profesión. Email: mazziroz@PGFM.com.

³ Véase, por ejemplo, los Acuerdos sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y sobre las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

servicios⁴ y a la protección de la propiedad intelectual⁵. Este desarrollo permitió identificar las prácticas restrictivas de las empresas privadas como el nuevo desafío de la liberalización comercial multilateral, explicando, en parte, el interés renovado por la interacción entre políticas comerciales y de la competencia. Ha de añadirse a ello la integración cada vez mayor de la economía mundial, impulsada no sólo por la liberalización comercial, sino también por la enorme expansión de la inversión extranjera directa, lo cual ha hecho que las prácticas restrictivas de la competencia que utilizan las empresas tengan una dimensión transfronteriza cada vez más importante y produzcan efectos en varios países.

Las prácticas restrictivas de la competencia en un mercado concreto pueden efectivamente constituir obstáculos importantes que dificultan el acceso de los proveedores extranjeros a dicho mercado. Entre tales prácticas y obstáculos pueden destacarse los siguientes:

— *Las limitaciones verticales.* Los obstáculos han surgido típicamente en aquellos casos en que, por razón de tales limitaciones, las empresas extranjeras han visto dificultado su acceso a las redes de distribución controladas por proveedores nacionales. Se trata de una serie de prácticas que incluyen acuerdos de exclusividad, ventas vinculadas, bonificación por fidelidad o volumen de ventas, y territorios exclusivos.

— *Los cárteles de importación.* Las consecuencias son la exclusión de los competidores extranjeros de las asociaciones gremiales o empresariales, las condiciones discriminatorias a la hora de hacerse miembros de ellas, y la utilización de normas excluyentes por parte de las mismas.

— *El comercio de Estado, los privilegios exclusivos o especiales y los monopolios.* En las relaciones comerciales internacionales, se ha observado que surgen tres tipos de problemas o discriminaciones en el acceso a los mercados respecto de las actividades de las empresas que gozan de un monopolio u ocupan una posición dominante en el mercado nacional. Un primer problema se refiere al acceso de los bienes y servicios al mercado que es objeto de monopolio o de la concesión de privilegios especiales o exclusivos, tanto en el sector de los bienes como en el de los servicios. Un segundo problema estriba en las consecuencias que acarrearán los monopolios o las posiciones dominantes en el mercado respecto de la posibilidad de que los bienes, servicios o proveedores de servicios extranjeros puedan abastecer los mercados de productos elaborados, el acceso a los cuales depende de la utilización de las instalaciones que son objeto del monopolio o de la posición dominante en el mercado. Una tercera esfera de tensión comercial la constituye, finalmente, el acceso al mercado de insumos, de productos primarios, especialmente los bienes de capital, para la producción de bienes y servicios por parte de una empresa dominante o que goza de privilegios.

⁴ Véase el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o, en inglés, GATS).

⁵ Véase el Acuerdo Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).

En un mercado en el que se permiten estas u otras prácticas restrictivas puede quedar impedido el *market access*, el acceso al mercado, por parte de los proveedores extranjeros, frustrándose así los objetivos de la liberalización comercial multilateral. Por otra parte, la interacción entre políticas comerciales y de la competencia tiene otras dimensiones además de las relacionadas con el acceso al mercado. Así, también provocan un impacto potencial en el comercio internacional los cárteles de exportación, puros o mixtos, los cárteles internacionales y los acuerdos de reparto de mercados entre empresas de dos o más países, la fijación de precios predatorios, la discriminación en materia de precios, la concesión de subvenciones cruzadas, las prácticas anticompetitivas en relación con los derechos de propiedad intelectual, etc.

Todas estas prácticas plantean problemas en el comercio internacional, y, aunque la aplicación de la legislación nacional sobre la competencia parezca, en la mayoría de los casos, la medida más apropiada para solucionarlos, suele ocurrir que tal legislación, o bien no existe en los 140 Miembros de la OMC, o bien —cosa aún más probable— existe, pero no se aplica de manera rigurosa o no discriminatoria, o bien que determinadas prácticas escapen al ámbito de aplicación de la legislación nacional. Se requiere, por tanto, alguna forma de cooperación internacional.

Tal cooperación internacional puede realizarse de modo bilateral o multilateral. En cuanto a la cooperación bilateral, ya existen diversos acuerdos⁶ de contenido variable. Por lo general, tales acuerdos bilaterales contienen estipulaciones que regulan la notificación y celebración de consultas en caso de prácticas restrictivas de dimensión transnacional, el intercambio de información, cooperación y coordinación respecto de los procedimientos de aplicación, y el *comity* —la «cortesía internacional»— o bien la llamada cortesía tradicional (una autoridad de competencia nacional toma en consideración los intereses de otro país cuando aplica las leyes nacionales de competencia), o bien la llamada cortesía positiva (una autoridad interviene dentro de su jurisdicción en respuesta a una solicitud cursada por otra jurisdicción que considera que sus nacionales sufren efectos negativos a causa de unas prácticas restrictivas que tienen su origen en la primera jurisdicción). Aunque estos acuerdos bilaterales constituyan un avance importante en la cooperación internacional respecto de las políticas de la competencia, también tienen sus limitaciones. Primero, la mayoría de tales acuerdos es de carácter procesal, y no sustantivo. No contribuyen, por tanto, a una armonización internacional de las políticas de la competencia. Además, y en términos generales, dichos acuerdos suelen ser legalmente no vinculantes y/o están formulados en términos de obligaciones de *best efforts*, es decir, de compromisos que no obligan a lograr un resultado determinado. Por último, una debilidad importante

⁶ El más conocido es sin duda el acuerdo EEUU-UE, *DOCE*, núm. L 132, 15 de junio de 1995.

de los mencionados acuerdos es que son todavía escasos: sólo algunos países (principalmente desarrollados) los han firmado ⁷.

Por lo que se refiere al ámbito multilateral, aparte de la Carta de La Habana, de la que hablaremos más adelante, la cooperación internacional se concretó, primero, en el seno de las Naciones Unidas. El Conjunto de las Naciones Unidas de 1980, sobre principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (citado, en adelante, como «el Conjunto»), adopta la forma de recomendación a los Estados. Está centrado específicamente en las prácticas comerciales restrictivas que impiden o anulan los beneficios que se derivan del comercio internacional y, por consiguiente, el desarrollo económico y social de los países, sobre todo de los en vías de desarrollo. Insta a que se adopten medidas en el ámbito nacional, regional e internacional, con el fin de eliminar las prácticas comerciales restrictivas que produzcan tales efectos o de hacerles frente con eficacia. Recomienda a los Estados que, al adoptar dichas medidas, tengan en cuenta las necesidades, tanto financieras como comerciales, de los países en vías de desarrollo. Contiene principios y normas en los que se insta a las empresas, incluidas las transnacionales, a abstenerse de aplicar restricciones horizontales de diverso tipo y a evitar la adquisición y el abuso de posiciones dominantes en el mercado. Contiene además principios y normas dirigidas a los Estados, urgiéndoles, sobre todo, a que, bien en el plano nacional o mediante agrupaciones regionales, adopten, mejoren y hagan cumplir con eficacia la legislación adecuada y apliquen procedimientos judiciales y administrativos para controlar las prácticas comerciales restrictivas. Asimismo, el Conjunto trata de alentar diversas formas de colaboración destinadas a eliminar las prácticas comerciales restrictivas o a ocuparse efectivamente de ellas. El Conjunto no es jurídicamente vinculante, pero se ha estimulado su aplicación mediante reuniones de expertos y actividades de difusión llevadas a cabo por la secretaría de la UNCTAD.

Por lo que se refiere a la OMC como foro de debate, ha de recordarse que hace ya casi cincuenta y cinco años se redactó la Carta de La Habana, el documento original que dio a luz el sistema comercial multilateral. Esta Carta contenía ya todo un capítulo relacionado con la política de la competencia, pero sólo entró en vigor, de manera provisional, el capítulo del GATT, quedando en letra muerta los demás capítulos. Hubo que esperar hasta 1996, tras la creación de la OMC, para que los miembros de la nueva Organización abrieran un debate general sobre el tema. Así, el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia (citado, en adelante, como «el Grupo de Trabajo») se estableció en virtud de una decisión adoptada en la Conferencia Minis-

⁷ Véase Robert ANDERSEN, *International Cooperation in Competition Policy: Approaches currently under Consideration in the WTO*, paper prepared for «International Conference on Competition Laws/Policies for the New Millenium», Taipei, 2000, p. 2.

terial de la OMC que se celebró en Singapur. El texto del párrafo pertinente de la Declaración Ministerial⁸ dice lo siguiente:

«Teniendo en cuenta las disposiciones existentes de la OMC sobre cuestiones relacionadas con la inversión y la política de la competencia, así como el programa incorporado relativo a esas materias, incluido en el marco del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, y entendiendo que la labor que se emprenda no prejuzgará el inicio de negociaciones en el futuro, acordamos asimismo:

— establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión, y

— establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre comercio y política de la competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC.

Cada uno de esos grupos aprovechará la labor del otro en caso necesario y se servirá también, sin que vaya en demérito de ella, de la labor realizada en la UNCTAD y otros foros intergubernamentales apropiados. [...] El Consejo General supervisará la labor de uno y otro grupo, y decidirá, al cabo de dos años, cómo habrá de proseguir aquélla en uno y otro caso. Queda claramente entendido que, de haberla, cualquier futura negociación en materia de disciplinas multilaterales aplicables a estos sectores sólo podrá tener lugar después de que los Miembros de la OMC hayan adoptado, por consenso, una decisión explícita acerca de tales negociaciones»⁹.

Cabe subrayar desde un principio que, tal y como indica claramente la Declaración Ministerial de Singapur, no se trata de un ejercicio de *negociación* propiamente dicho, sino de un ejercicio de *análisis y debate*. Ello no excluye, por supuesto, la posibilidad de que, ulteriormente, una vez identificada durante los debates del Grupo de trabajo una necesidad concreta, los Miembros decidan entablar negociaciones en el seno de la OMC con vistas a un acuerdo sobre política de la competencia.

En este artículo, se ofrecerá una visión general del debate que viene produciéndose en la OMC sobre comercio y política de la competencia, tomando como punto de referencia la labor realizada por el Grupo de Trabajo. Más adelante trataremos del pasado, es decir, de lo que ya existía en el *acquis* —acervo— de la OMC en relación con la política de la competencia antes de que se estableciese el Grupo de Trabajo; del presente, sobre el que ofreceremos un resumen de los debates que el Grupo de Trabajo ha realizado hasta la fecha; y del futuro, donde presentaremos el abanico de opciones de acción que los Miembros podrían considerar en el contexto de posibles negociaciones futuras.

Esta metodología de exposición nos servirá para destacar, una vez más, que el debate sobre política de la competencia, dentro del sistema

⁸ WT/MIN(96)/DEC.

⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

comercial multilateral, no es en absoluto nuevo, por más que la actividad del Grupo de Trabajo esté atrayendo en la actualidad la atención del público interesado. Uno de los objetivos fundamentales del sistema comercial multilateral ha sido siempre el de crear una igualdad de condiciones competitivas en el mercado para los productos o servicios nacionales e importados. Tal propósito se refleja en los diversos elementos que configuran el sistema y que atañen a la política de la competencia¹⁰. Ésa es la razón por la que hemos preferido describir primero, aunque sea de manera somera, el llamado *acquis* de la OMC en materia de la competencia, antes de pasar a exponer, también de manera sumaria, el desarrollo de las actividades del Grupo de Trabajo.

2. EL PASADO: EL *ACQUIS* DEL DERECHO DE LA OMC EN MATERIA DE LA COMPETENCIA

A. LA CARTA DE LA HABANA

El capítulo V de la Carta de La Habana¹¹ para una Organización Internacional del Comercio ya regulaba las prácticas restrictivas que pudieran afectar a la competencia en el comercio internacional, así como las medidas gubernamentales que pudieran surtir el mismo efecto. El capítulo contenía nueve artículos, cuya finalidad era la de: «[...] evitar, por parte de las empresas públicas o privadas, prácticas comerciales que restrinjan la competencia en el comercio internacional, limiten el acceso a los mercados o favorezcan el control monopolista en todos aquellos casos en los que tales prácticas produzcan efectos perjudiciales para la expansión de la producción o del comercio y entorpezcan la realización de cualquiera de los demás objetivos [de la Carta].» En la Carta se enumeraban seis prácticas que habían de considerarse perjudiciales para el comercio, cuando las ejercieran una o varias empresas que, individual o colectivamente, tuvieran un control efectivo sobre el comercio de uno o más productos entre varios países. Se establecía asimismo un procedimiento para incluir en el futuro, de manera acordada, otras posibles prácticas. La Organización investigaría cualquier reclamación que se considerara justificada. En caso de que la Organización asumiera la reclamación, instaría al Miembro interesado a que adoptase todas las medidas posibles para remediar la situación. La Carta de La Habana nunca entró en vigor en su totalidad, como tampoco lo hizo la Organización Internacional de Comercio. Sólo adquirió vigencia, y de manera «provisional», el capítulo del GATT.

¹⁰ Véase, en general, OMC, *Informe Annual*, 1997, pp. 36-111.

¹¹ Acta Final y documentos conexos, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, celebrada en La Habana, Cuba, del 21 de noviembre de 1947 al 24 marzo de 1948.

B. LOS ACUERDOS DEL SISTEMA MULTILATERAL DE LA OMC

a) *Disposiciones para la celebración de consultas y para la cooperación*

En cada uno de los principales acuerdos que componen el Acuerdo sobre la OMC —el GATT, el AGCS y el Acuerdo sobre los ADPIC— se establecen procedimientos para la celebración de consultas y para la cooperación en materia de prácticas contrarias a la competencia. En el caso del GATT, las Partes Contratantes adoptaron en 1960 una Decisión, en la que se contiene una serie de disposiciones para la celebración de consultas sobre prácticas comerciales restrictivas¹². En ella se reconoce que las prácticas comerciales contrarias a la competencia en el comercio internacional pueden frenar el desarrollo económico de los distintos países y comprometer las ventajas inherentes a las reducciones de los obstáculos al comercio. Se afirma, además, que es necesario cooperar en el ámbito internacional, con el fin de luchar eficazmente contra las prácticas comerciales restrictivas que tienen repercusiones perjudiciales en el comercio internacional. No obstante, en la Decisión se señala también que las Partes Contratantes consideran que, en las circunstancias entonces existentes, no podían regular en absoluto dichas prácticas ni efectuar las investigaciones correspondientes. Se recomienda, en cualquier caso, que toda parte contratante entable, a petición de la otra parte, consultas bilaterales o multilaterales sobre las posibles prácticas perjudiciales: la parte a la que se dirija la solicitud debería examinarla «con comprensión» y prestarse a la celebración de consultas con la parte solicitante, de modo que ambas pudieran llegar a conclusiones recíprocamente satisfactorias. Si la parte solicitada reconociera la existencia de efectos perjudiciales, debería adoptar las medidas apropiadas para eliminarlos. Estas disposiciones sólo se han invocado en tres ocasiones, la más conocida de las cuales fue la diferencia que se produjo entre los EEUU y Japón a propósito de las películas y papel fotográficos.

En el artículo IX del AGCS se reconoce que ciertas prácticas comerciales de los proveedores de servicios pueden limitar la competencia y, por ende, restringir el comercio de servicios. En él se dispone que cada Miembro, a petición de cualquier otro, entablará consultas con miras a eliminar tales prácticas. El Miembro a quien se dirija la petición la examinará «cabalmente y con comprensión», y prestará su cooperación facilitando la información no confidencial que esté al alcance del público y que guarde relación con el asunto de que se trate. Asimismo, deberá facilitar cualesquiera otras informaciones de que disponga, con sujeción a su legislación nacional y a reserva de la adopción de un acuerdo satisfactorio sobre la salvaguarda del carácter confidencial de tales informaciones.

¹² IBDD 9S/29-30.

El Acuerdo sobre los ADPIC contiene una disposición similar en su artículo 40. En su virtud, si un Miembro considerara la posibilidad de entablar una acción contra una empresa de otro Miembro, podría solicitar la celebración de consultas con este segundo Miembro, el cual deberá, a su vez, cooperar facilitando la información pertinente que no sea confidencial y se encuentre a disposición pública. De manera análoga, el Miembro cuyas empresas sean objeto de una acción similar en otro país Miembro, podrá también solicitar la celebración de consultas.

b) *No discriminación*

Los tres principales Acuerdos de la OMC contienen varias normas sobre el trato nacional y sobre el trato de la nación más favorecida. Tales normas pueden resultar aplicables, dentro de ciertos límites, en aquellas situaciones en que las leyes sobre la competencia —o cualesquiera otras— de un Miembro de la OMC, así como su aplicación concreta, discriminen contra o entre los bienes, los servicios o los nacionales de otros Miembros de la OMC¹³. Comenzando por el sector del comercio de mercancías y el GATT, tales leyes estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma que regula el trato nacional y que se enuncia en el párrafo 4 del artículo III, en la medida en que aquéllas afectasen a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de mercancías en el mercado interior. Parece claro que una disposición legislativa que concede *de iure* un trato menos favorable a los productos importados que a los productos similares de origen nacional infringe el artículo III; pero lo mismo podría decirse de una situación en que la discriminación fuese *de facto*, toda vez que el artículo III se ha interpretado en el sentido de que exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados¹⁴. Por lo que se refiere a la obligación de trato nacional impuesta por el AGCS (art. XVII), han de señalarse dos importantes diferencias respecto de la disposición sobre trato nacional contenida en el GATT: en primer lugar, la norma no es de aplicación general, sino que depende de que en la Lista del Miembro de la OMC se haya asumido un compromiso específico de otorgar el trato nacional en el sector en cuestión; en segundo lugar, la norma se aplica, no sólo al trato de los *servicios* de otros Miembros de la OMC, sino también al de los *proveedores de servicios* de otros Miembros de la OMC. Ha de observarse que estas normas, aunque podrían aplicarse a los casos en que las medidas destinadas a luchar contra el comportamiento anticompetitivo de las empresas discriminan contra los bienes y servicios importados o contra las compañías extranjeras proveedoras de servicios en el mercado nacional, no resultan aplicables al trato discriminatorio dado a las exporta-

¹³ Véase, en general, Gaetan VERHOOSSEL, *Keeping the Gate: National Treatment in wto Law*, que aparecerá publicado en breve por Hart Publishing, Oxford, 2001.

¹⁴ Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos-Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, adoptado el 7 de noviembre de 1989 (IBDD 36S/402).

ciones respecto del trato otorgado a los bienes y servicios del mercado nacional. Las normas sobre el trato de la nación más favorecida del GATT y del AGCS¹⁵ tienen también un amplio ámbito de aplicación y podrían ser aplicables a aquellas situaciones en que las medidas destinadas a luchar contra ciertas prácticas empresariales discriminan *entre* otros Miembros de la OMC en cuanto al trato dado a los productos importados de ellos o exportados a ellos, o en el trato dado a los servicios y proveedores de servicios de dichos países miembros.

Por lo que se refiere al Acuerdo sobre los ADPIC, las obligaciones que impone en materia de trato nacional y de trato de la nación más favorecida¹⁶ prohíben, con una breve lista de excepciones, la discriminación contra y entre los nacionales de otros Miembros de la OMC en los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como en los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente el Acuerdo.

c) *Transparencia*

Muchos Acuerdos de la OMC imponen obligaciones sobre la publicación y notificación de las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general relacionadas con la cuestión regulada por el acuerdo de que se trate¹⁷. Tales obligaciones tienen un amplio ámbito de aplicación y abarcan, por lo general, todas las medidas que afectan al sector del comercio de que se trate. En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, se hace referencia expresa a las medidas relativas a la «prevención del abuso de los derechos de propiedad intelectual». Las normas del GATT sobre las empresas con monopolios o privilegios exclusivos o especiales conceden particular importancia a la notificación de información sobre las actividades de dichas empresas. El AGCS también contiene procedimientos especiales para el suministro de información sobre los monopolios y proveedores exclusivos de servicios¹⁸.

d) *Normas mínimas*

Por lo general, la OMC no establece normas mínimas que los Miembros tengan que aplicar para determinar qué prácticas empresariales han de prevenirse. No obstante, hay algunas excepciones. Las más importantes

¹⁵ Artículo I del GATT y artículo II del AGCS. Estas normas tienen ciertas excepciones, por ejemplo en el caso de los acuerdos comerciales regionales.

¹⁶ Artículos 3 y 4.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo X del GATT, el artículo III del AGCS y el artículo 63 del Acuerdo sobre los ADPIC.

¹⁸ Párrafos 3 y 4 del artículo VIII.

son las normas de la OMC concernientes a las empresas que tienen monopolios o privilegios exclusivos o especiales.

El GATT de 1994 permite a los Miembros mantener monopolios de importación. Es más, prevé una «excepción general» de otras obligaciones respecto de las medidas necesarias para mantener en vigor tales monopolios¹⁹. En lugar de requerir que la existencia misma del monopolio o de los privilegios especiales o exclusivos sea objeto de negociación y normas, el criterio del GATT ha consistido en alentar las negociaciones²⁰ y establecer normas acerca de la relación competitiva que debe darse entre las importaciones y los productos fabricados en el país, relación que deberá reflejarse en la conducta que mantienen en el mercado los monopolios o las propias empresas que gozan de privilegios. En tal sentido, los monopolios estatales de importación no deberán actuar de forma que aseguren una protección superior al arancel consolidado²¹. Igualmente, las empresas del Estado y las que gocen de privilegios especiales o exclusivos no deberán discriminar, cuando decidan sobre importaciones, en razón del país de origen de los bienes, sino que adoptarán sus decisiones ateniéndose a consideraciones de carácter comercial²². Las operaciones comerciales del Estado no deberán tampoco utilizarse para imponer restricciones a la importación que sean incompatibles con las normas generales del GATT de 1994²³. El derecho a mantener un monopolio de importación no entraña el derecho a discriminar contra la distribución interna de los productos importados²⁴.

Sin embargo, este especial hincapié en la conducta de las empresas tiene un punto débil, que ha solido señalarse, en las normas del GATT aplicables a las empresas del Estado y a aquellas a las que se han concedido privilegios exclusivos o especiales, a saber, el punto que se refiere a su vigilancia y aplicación. No resulta, en efecto, fácil asegurar que el control discrecional que ejercen los poderes públicos o los intereses autónomos de las empresas no den lugar, en la práctica, a los actos mencionados en el párrafo anterior, máxime cuando lo que hay que vigilar no son las normas gubernamentales de aplicación general, sino la conducta misma de las empresas. Con el fin de resolver este problema, se ha insistido con especial énfasis en la transparencia y en la presentación de información sobre las operaciones de las empresas²⁵. Aun así, las estipulaciones relativas a la transparencia no han funcionado del todo, como

¹⁹ Apartado d) del artículo XX.

²⁰ Párrafo 3 del artículo XVII.

²¹ Párrafo 4 del artículo II.

²² Párrafo 1 del artículo XVII.

²³ Nota a los artículos XI, XII, XIII, XIV y XVIII.

²⁴ Informe del Grupo Especial en el caso de Canadá —*Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, DS17/R, aprobado el 18 de febrero de 1992, párrafo 5.15.

²⁵ Véase el párrafo 4 del artículo XVII, el Cuestionario de 1960 (IBDD 95/184) y el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 que forma parte del anexo IA del Acuerdo sobre la OMC.

lo pone de manifiesto el hecho de que el Entendimiento de la Ronda Uruguay tratara de corregir la situación estableciendo un grupo de trabajo que se encargara de examinar, no sólo las notificaciones, sino también el propio cuestionario²⁶. Con todo, incluso en el caso de que se dispusiera de más información sobre el funcionamiento de las empresas, seguiría siendo problemático que ello sólo bastara para determinar si las decisiones que afectan a las importaciones reflejan o no algún grado de discriminación, sobre todo en los sectores de productos menos homogéneos.

La mayor parte de las concesiones que se refieren al funcionamiento de las empresas comerciales del Estado y que fueron negociadas en el marco del GATT han adoptado la forma de consolidaciones de derechos arancelarios, aun cuando los párrafos 3 del artículo XVII y 4 del II reconocen, de manera explícita, la posibilidad de otras formas de aplicación. Como ya se ha indicado, aun cuando el GATT no requiere que la existencia de monopolios de importación o de derechos exclusivos o especiales sea objeto de negociación, tampoco hay nada en él que lo impida. Destaca, a este respecto, el hecho de que, en las negociaciones de adhesión, sobre todo en las que se refieren a países que tienen un régimen de comercio de Estado, se ha intentado llegar a compromisos que afectan, no sólo a la conducta de las empresas a las que se han concedido derechos exclusivos sobre las importaciones, sino también a la existencia misma de tales derechos, es decir, a la propia estructura del mercado (esta cuestión ha venido en conocerse como la de los «derechos comerciales»).

El AGCS enfoca la cuestión de los efectos que ejercen sobre el comercio los monopolios y las empresas con derechos exclusivos de manera similar a como lo hace el GATT. La obligación fundamental es velar por que la empresa no menoscabe la relación competitiva entre los servicios y proveedores de servicios nacionales y los de otros Miembros de la OMC que establecen la obligación de la NMF y los compromisos concretos del Miembro de que se trate²⁷. Sin embargo, hay una diferencia importante respecto del GATT. Como es sabido, el AGCS es un acuerdo que abarca la prestación de servicios mediante la presencia comercial de proveedores extranjeros (es decir, a través de inversiones extranjeras), así como por medio de la prestación transfronteriza de un servicio, en relación con los mercados que son objeto de monopolios y derechos exclusivos. Pues bien, conforme a esta estructura, el Acuerdo prevé explícitamente negociaciones y compromisos en torno al establecimiento de normas sobre la entrada en el mercado y, por tanto, sobre los propios monopolios y derechos exclusivos. En realidad, el derecho de los proveedores extranjeros de servicios a establecerse en mercados en los que existan monopolios o derechos exclusivos ha constituido un importante tema de negociación, así como una esfera significativa de compromisos, sobre todo en el campo de las telecomunicaciones. A este respecto, el AGCS prevé, no sólo compromisos en lo que concierne al otorgamiento de trato nacio-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Párrafos 1 y 5 del artículo VIII del GATT.

nal a los proveedores extranjeros con respecto a las medidas que afecten a su presencia comercial²⁸, sino también compromisos acerca del «acceso a los mercados» respecto de los derechos especiales o exclusivos que adopten la forma de limitaciones cuantitativas de la entrada en el mercado, independientemente de que éstas discriminen contra los servicios o los proveedores extranjeros.

Quizás las normas más importantes en esta esfera sean las enunciadas en el artículo VIII del AGCS y en el desarrollo que de ellas se hace en el anexo del AGCS sobre telecomunicaciones. Asimismo, son también particularmente importantes las normas que se contienen en los compromisos contraídos por gran número de Miembros de la OMC con respecto a los servicios de telecomunicaciones básicas y que se encuentran en un «documento de referencia» que enuncia los principios de la regulación y las salvaguardas contra las prácticas anticompetitivas. Este «documento de referencia» forma parte de los compromisos asumidos por muchos Miembros de la OMC a raíz de las negociaciones que ellos mismos desarrollaron en febrero de 1997 sobre telecomunicaciones básicas. En ese documento se aborda, en particular, la situación en la que una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones constituye una instalación esencial que es facilitada, exclusiva o predominantemente, por un solo proveedor o un número limitado de proveedores, y no puede ser sustituida, por razones económicas o técnicas, para prestar un determinado servicio. Los Miembros interesados se han comprometido a adoptar las medidas adecuadas para impedir que un proveedor importante²⁹ pueda negarse a poner a disposición de otros proveedores de servicios, en forma oportuna, la información comercial o técnica acerca de las instalaciones esenciales que aquéllos necesiten para prestar un servicio. El documento de referencia también contiene disposiciones un tanto detalladas para garantizar que los proveedores de servicios más complejos puedan establecer interconexión con un proveedor importante sobre la base de términos, condiciones y tarifas que no sean discriminatorias y de una calidad no menos favorable que la facilitada a sus propios servicios similares o a los de sus filiales, así como a los de otras empresas no afiliadas. Es preciso establecer un órgano nacional independiente para solucionar las diferencias acerca de la interconexión³⁰.

²⁸ Artículo XVII del AGCS.

²⁹ Un proveedor importante se define como aquel que tiene la capacidad de afectar de manera significativa las condiciones de participación (teniendo en cuenta los precios y la oferta) en el mercado relevante de servicios de telecomunicaciones básicas, como consecuencia del control de las instalaciones esenciales o la utilización de su posición en el mercado.

³⁰ Cabe mencionar la primera diferencia que se refiere al Documento de Referencia, actualmente pendiente en la OMC, entre los Estados Unidos y México (WT/DS204), en la cual los Estados Unidos alegan violación, por parte de México, de varias disposiciones del AGCS y, sobre todo, del Documento de Referencia. Según los Estados Unidos, el Gobierno de México ha adoptado o mantenido medidas reglamentarias anticompetitivas y discriminatorias, ha tolerado ciertos obstáculos al acceso a los mercados de orden privado y ha omitido tomar las medidas necesarias de regulación de los sectores mexicanos de telecomunicaciones básicas y telecomunicaciones de valor añadido, protegiendo así al operador nacional, Telmex. Después de que Telmex, en enero de 2001, hiciera

En cuanto al posible uso indebido de información, el documento de referencia incluye un compromiso por parte del Miembro en orden a mantener medidas adecuadas para impedir que los proveedores importantes utilicen, con resultados anticompetitivos, la información obtenida de sus competidores. Por lo que se refiere a la concesión de subvenciones cruzadas, el artículo VIII del AGCS establece el requisito general para los Miembros de asegurarse de que ningún proveedor monopolista de un servicio o de que ningún proveedor exclusivo de servicios que goce de poder de mercado abuse de su posición para actuar en su territorio de manera incompatible con los compromisos específicos contraídos por los Miembros en los mercados de productos elaborados. El documento de referencia sobre telecomunicaciones básicas, incorporado a las Listas nacionales de muchos Miembros, les obliga a adoptar medidas adecuadas para impedir que los proveedores importantes concedan subvenciones cruzadas de carácter anticompetitivo.

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) también contienen normas sustantivas mínimas, así como normas procesales, encaminadas a lograr que los reglamentos técnicos, las normas y las medidas sanitarias y fitosanitarias no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. Los Miembros se comprometen a tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales con actividades de normalización cumplan dichas normas, por ejemplo adhiriéndose al Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas anexo al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

Cabe también señalar que cierto número de Acuerdos de la OMC contienen normas de naturaleza negativa, en virtud de las cuales los Miembros se comprometen a no impedir que las empresas actúen de manera que no distorsionen ni restrinjan el comercio y a no alentar ni apoyar ningún comportamiento de las empresas que restrinja o distorsione el comercio. El apartado *c)* del párrafo 1 del artículo XVII del GATT exige que los Miembros no impidan que las empresas bajo su jurisdicción actúen de conformidad con los principios enunciados en los apartados *a)* y *b)* de ese párrafo (adoptar decisiones sobre las compras o ventas que entrañen importaciones o exportaciones, ateniéndose a consideraciones de carácter comercial y ofreciendo a las empresas de las demás partes contratantes las facilidades necesarias para que puedan participar en esas ventas o compras en condiciones de libre competencia y de conformidad con las prácticas comerciales corrientes). El Acuerdo sobre Salvaguardias exige que los Miembros no alienten ni apoyen la adopción o el man-

una serie de concesiones en un acuerdo con las empresas privadas americanas involucradas —MCI WorldCom y AT & T—, el United States Trade Representative (USTR) decidió suspender su reclamación para examinar el contenido de este acuerdo. No obstante, en abril de 2001, el USTR amenazó a México con reactivar su reclamación, si éste no hiciera más progreso en la liberalización del mercado antes de junio de 2001.

tenimiento, por parte de empresas públicas o privadas, de medidas no gubernamentales equivalentes a las medidas de la «zona gris» que el Acuerdo exige que se eliminen³¹. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias prohíben a los Miembros tomar medidas que obliguen o alienten a las instituciones no gubernamentales a actuar de manera incompatible con sus disposiciones³².

e) *Medidas correctivas*

En una serie de acuerdos de la OMC, se autoriza expresamente a adoptar medidas para hacer frente a cualquier comportamiento empresarial que se considere produce efectos desfavorables sobre el comercio internacional. El artículo VI del GATT y el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI (el Acuerdo *Antidumping*) autorizan, en ciertas condiciones, a los Miembros a imponer derechos *antidumping* o a obtener compromisos sobre precios, con el fin de responder a ciertas prácticas de fijación de precios por parte de las empresas (a saber, el *dumping*), que los Miembros reconocen, en el párrafo 1 del artículo VI, que son condenables cuando causan o amenazan con causar un daño importante a una rama de producción existente o cuando retrasan de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

El Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública dispone, como excepción a las reglas normales que exigen que las licitaciones sean públicas o selectivas, que se puede recurrir a la licitación restringida cuando haya habido connivencia en las ofertas presentadas³³.

El Acuerdo sobre los ADPIC reconoce el derecho de los Miembros a adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del Acuerdo, medidas adecuadas para controlar las prácticas o condiciones de concesión de licencias que puedan constituir, en determinados casos, un abuso de los derechos de propiedad intelectual, cuando éste tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente³⁴. Asimismo, y de manera más general, permite a los Miembros adoptar medidas similares para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por parte de sus titulares, así como para impedir el recurso a prácticas

³¹ Párrafo 3 del artículo 11. Tales medidas incluyen las limitaciones voluntarias de las exportaciones, los acuerdos de comercialización ordenada y medidas similares tales como la moderación de las exportaciones, los sistemas de vigilancia de los precios de exportación o de los precios de importación, la vigilancia de las exportaciones o de las importaciones, los cárteles de importación impuestos y los regímenes discrecionales de licencias de exportación o importación, siempre que brinden protección.

³² Párrafo 4 del artículo 3, párrafo 1 del artículo 4, párrafo 1 del artículo 8 y artículo 9 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, y artículo 13 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

³³ Apartado a) del párrafo 1 del artículo XV.

³⁴ Párrafo 2 del artículo 40.

que limiten el comercio de manera injustificada o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología ³⁵.

f) *Los Non-Violation Complaints y el caso de Fuji/Kodak* ³⁶

En general, dentro de la OMC, el mecanismo de solución de diferencias resulta de aplicación en aquellas situaciones en las que un Miembro considere que una ventaja que pudiera obtener, directa o indirectamente, del Acuerdo sobre la OMC se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo ha sido puesto en entredicho a consecuencia del a) incumplimiento, por parte de otro Miembro, de las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo o b) la aplicación, por parte de otro Miembro, de una medida, contraria o no, a las disposiciones del Acuerdo ³⁷. La primera de estas causas, a saber, la alegación de que otro Miembro no está cumpliendo sus obligaciones, puede invocarse con respecto a cualquiera de las obligaciones impuestas a los Miembros a que se ha hecho referencia más arriba, cuando guarden relación con las prácticas de las empresas.

Los asuntos relativos a la segunda causa se producen cuando no hay infracción del derecho sustantivo de la OMC ³⁸. Son las llamadas reclamaciones de no violación, o *non-violation complaints*. Se ha discutido mucho sobre si, de conformidad con esta disposición, se puede impugnar con éxito el hecho de que un Miembro no haga respetar sus leyes en materia de competencia para impedir prácticas empresariales que entorpecen el acceso al mercado a sus interlocutores comerciales. En cualquier caso, para que pueda presentarse esa impugnación, se requiere superar algunos importantes obstáculos. En primer lugar, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de que una medida que no infringe ninguna norma ha producido el efecto de anular o menoscabar las ventajas que le corresponden en el marco de la OMC. En segundo lugar, se precisa determinar que una omisión, a saber, el no hacer que se respete la ley, constituye la «aplicación» de una «medida» por parte del Miembro en cuestión. En tercero y último lugar, es obligado demostrar que, cuando se negoció la obligación o concesión, no se podía haber previsto razonablemente la medida. Así, pues, se presentan notables obstáculos para hacer valer una reclamación en el caso de que no exista infracción. En

³⁵ Párrafo 2 del artículo 8.

³⁶ Véase James DURLING y Simon LESTER, «Original Meanings and the Film Dispute: The Drafting History, Textual Evolution, and Application of the Non-Violation Nullification and Impairment Remedy», *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1999, pp. 211-269.

³⁷ Teóricamente, hay una tercera «causa» posible: «la existencia de cualquier otra situación», pero esta opción nunca se ha aplicado.

³⁸ Con arreglo al AGCS, tales asuntos se limitan a las situaciones en las que se alegue que se están anulando o menoscabando las ventajas resultantes de un compromiso específico, no de una norma de aplicación general. En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, se acordó una moratoria a la aplicación de las causas b) y c) hasta el año 2000, que fue renovado por otro período de cinco años.

cambio, frente a un Miembro que no tome medidas contra prácticas anti-competitivas que entorpezcan el comercio, existen más posibilidades de hacerlo en caso de que la aplicación de las leyes sobre la competencia haya entrañado la adopción de medidas positivas, por parte del Miembro, para tolerar una acción empresarial que entorpezca el comercio, por ejemplo mediante la aprobación de una fusión o la concesión de una exención.

En la breve historia de la OMC, solamente una vez un Grupo Especial ha decidido sobre alegaciones respecto de prácticas anticompetitivas que impedían a los importadores mayor acceso al mercado. Se trató del famoso caso de *Japón —películas y papel fotográficos*³⁹. El Representante Comercial de Estados Unidos, el *United States Trade Representative (USTR)*, inició el procedimiento ante la OMC a partir de una denuncia presentada por la empresa Americana *Kodak*, que alegaba no poder ampliar su cuota de mercado japonés, controlado principalmente por la empresa japonesa *Fuji*. Estados Unidos denunció al Gobierno de Japón por haber aplicado, y seguir aplicando, leyes, reglamentos, prescripciones y medidas que afectaban a la distribución, la oferta para la venta y la venta en el mercado interno de películas y papel fotográficos importados. Más específicamente, Estados Unidos alegó que, durante más de treinta años, el Gobierno japonés, mediante la aplicación de tres grandes grupos de «contra-medidas» sobre liberalización, había impedido en su territorio la distribución y venta de películas y papel fotográficos importados. Esos tres grandes grupos de «medidas» abarcaban: 1) «medidas» relativas a la distribución, que, según se alegó, promovían y facilitaban, respecto de las películas y el papel fotográficos, la creación de una estructura de mercado en la que las importaciones quedaban excluidas de los canales tradicionales de distribución; 2) restricciones aplicadas a los establecimientos de venta al por menor en gran escala, que supuestamente restringían la expansión de un canal alternativo de distribución de las películas importadas, y 3) «medidas» relativas a la promoción, de las que se alegó que ponían en situación desventajosa las importaciones, al restringir la utilización de técnicas de promoción de ventas.

El intento de Estados Unidos fracasó: el Grupo Especial rechazó la reclamación americana. Aunque el Grupo Especial se declaró dispuesto a adoptar un enfoque amplio de lo que constituye una «medida»⁴⁰, estimó que las pruebas presentadas por los Estados Unidos no demostraban que ninguna de las «medidas» individuales —«medidas» relativas a la distribución, «medidas» que restringen las grandes tiendas o «medidas» relativas a la promoción— anulaba o menoscababa ventajas resultantes para

³⁹ Informe del Grupo Especial, WT/DS44/R.

⁴⁰ El Grupo Especial estimó que es concebible que, en los casos en que haya un elevado grado de cooperación y colaboración entre el gobierno y las empresas (es decir, cuando la actividad económica se base en gran medida en la «orientación administrativa» y en otros medios aun más informales de cooperación entre el gobierno y las empresas, incluso declaraciones de política general del gobierno formuladas en términos indicativos y no vinculantes) puedan tener sobre los particulares efectos similares a los de una medida jurídicamente vinculante o a los efectos de lo que Japón denomina orientación «administrativa reguladora». Véase párrafos 10.48-10.50 del informe.

Estados Unidos respecto de sus expectativas de acceso a los mercados de las películas o el papel importados. Ningún Miembro ha vuelto a intentar hasta ahora denunciar el carácter anticompetitivo de un mercado extranjero mediante una reclamación de no violación.

3. EL PRESENTE: RESUMEN DEL DEBATE DEL GRUPO DE TRABAJO 1997-2000 RELATIVO A UNA INICIATIVA DE COOPERACIÓN

En su reunión del 24 de abril de 1997, el Consejo General de la OMC nombró Presidente del Grupo de Trabajo a Frédéric Jenny⁴¹. El presidente presentó al Grupo de Trabajo el siguiente programa indicativo de asuntos a tratar (*check-list of issues*):

1. Relación entre los objetivos, principios, conceptos, alcance e instrumentos de la política comercial y la política de la competencia. Su relación con el desarrollo y el crecimiento económico.

2. Inventario y análisis de los instrumentos, normas y actividades existentes relacionados con el comercio y la política de la competencia, incluida la experiencia adquirida en su aplicación:

— políticas, leyes e instrumentos nacionales en materia de competencia, en la medida en que se relacionan con el comercio;

— disposiciones existentes en la OMC;

— acuerdos e iniciativas bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales.

3. Interacción entre comercio y política de la competencia:

— repercusión de las prácticas anticompetitivas de las empresas y asociaciones en el comercio internacional;

— repercusión de los monopolios estatales, los derechos exclusivos y las políticas reglamentarias en la competencia y el comercio internacional;

— relación entre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la política de la competencia;

— relación entre inversiones y política de la competencia;

— repercusión de la política comercial en la competencia.

4. Determinación de las esferas que puedan merecer seguir siendo objeto de examen en el marco de la OMC.

El Grupo de Trabajo ha celebrado hasta la fecha 14 reuniones, en las que se han abordado casi todos los temas contenidos en el programa indicativo. Es imposible resumir aquí todos los debates que el Grupo de Trabajo ha realizado sobre cada uno de estos temas. Preferimos, por ello, centrarnos en el desarrollo de los debates que se han llevado a cabo sobre una nueva iniciativa de cooperación en el marco de la OMC y sobre

⁴¹ WT/L/215.

la idea de negociar un acuerdo marco sobre competencia, sin duda el tema más espinoso del programa.

El año 1998 era aún demasiado pronto para exponer la idea de un acuerdo marco sobre la competencia en el Grupo de Trabajo, toda vez que éste acababa de empezar sus reflexiones. Varios Miembros hicieron referencia a la importancia de la cooperación como instrumento para facilitar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia y de política de la competencia en las economías en vías de desarrollo, pero «la naturaleza de las disposiciones específicas en esa esfera no fue objeto de debate exhaustivo»⁴².

Llegado el año 1999, el debate sobre el tema se intensificó. La cuestión de elaborar un eventual acuerdo marco ocupó ya un lugar importante en los debates del Grupo de Trabajo. Esta evolución se explicaba sin duda, en parte, por la cercanía de las discusiones de 1999 respecto de la ya inminente celebración de la Conferencia Ministerial de Seattle, en la cual, como se sabe, los Miembros intentaron, pero no lograron, lanzar una nueva Ronda. En cambio, después del llamado fracaso de Seattle, en 2000, la cuestión de un acuerdo multilateral sobre la competencia despertó mucho menos interés. Durante los debates se expresaron diferentes opiniones sobre si las cuestiones de cooperación multilateral en materia de competencia debían formalizarse mediante un acuerdo que se negociara en la OMC. El debate ha dividido hasta ahora a los países del llamado *Quad* —la Comunidad Europea, Canadá, Estados Unidos y Japón. El proceso de cristalización de las posiciones estratégicas de los Miembros podría resumirse de la siguiente manera.

En primer lugar, existe un grupo de Miembros que siempre ha estado a favor de un acuerdo en la OMC sobre competencia. En este grupo se encuentran, por ejemplo, la Comunidad Europea, Japón y Canadá, pero también varios Miembros latinoamericanos, africanos y asiáticos. El defensor más insistente de la idea de un acuerdo sobre competencia en la OMC ha sido, sin duda, la Comunidad Europea, que opina que un marco multilateral sobre política de la competencia sería una importante contribución al fomento del comercio internacional. Desde su punto de vista, de ese marco multilateral podrían obtenerse varias ventajas. En primer lugar, aunque se reconoce en general que las prácticas anticompetitivas ejercen importantes efectos negativos en el comercio internacional y la inversión, especialmente en un contexto de mundialización, no existe en la OMC ningún mecanismo para tratar esas prácticas. Un marco multilateral en materia de competencia desempeñaría esta función. En segundo lugar, como numerosos países han adoptado y están aplicando leyes de competencia, y como las prácticas anticompetitivas tienen cada vez una dimensión más internacional, parece evidente la necesidad de un marco multilateral de cooperación que complemente los esfuerzos de cooperación ya realizados a nivel bilateral y regional. En tercer lugar, un acuer-

⁴² WT/WGTCP/2, párrafo 43.

do de la OMC sobre competencia contribuiría a difundir la cultura de la competencia, lo cual reforzaría globalmente el sistema de la OMC. Por último, un acuerdo multilateral en materia de competencia sería de gran ayuda en los casos afectados por múltiples jurisdicciones, y ello ayudaría a reducir costos innecesarios para las empresas en lo relativo al cumplimiento del régimen de competencia ⁴³.

En opinión de la Comunidad Europea, un marco internacional para las normas sobre política de la competencia podría estructurarse en torno a los tres puntos siguientes ⁴⁴. En primer lugar, cada Miembro de la OMC podría comprometerse a adoptar normas nacionales en materia de competencia. En segundo lugar, tales normas se basarían en principios comunes. En tercer lugar, existirían algunas normas en materia de cooperación. Habría dos opciones para elaborar normas sobre la cooperación. De acuerdo con la primera, se procuraría, primero, la convergencia y se preferiría, posteriormente, la cooperación. Con arreglo a la segunda opción, la falta de convergencia no retrasaría la cooperación, sino que el nivel de cooperación se ajustaría al grado de convergencia ya alcanzado. Ambas opciones podrían aplicarse al mismo tiempo. La Comunidad Europea opina que la cortesía positiva no debe formar parte de este marco multilateral como instrumento vinculante. En su opinión, rara vez se ha aplicado y podría constituir un problema para las autoridades encargadas de la competencia, que son muy celosas de sus prioridades y de su programa de trabajo, y no desean verse abrumadas por solicitudes de investigación transmitidas por otros países. Por el contrario, el marco multilateral podría contener la obligación de notificar las investigaciones que tengan importantes consecuencias para los Miembros de la OMC ⁴⁵. Finalmente, la Comunidad Europea argumenta que, al examinar las propuestas de normas multilaterales, debería tenerse muy presente la dimensión del desarrollo. Si bien uno de los objetivos de un acuerdo sobre la competencia podría consistir en la limitación gradual de las exclusiones de la legislación sobre la competencia, la progresividad de tal proceso tendría que tener en cuenta las diferencias en los niveles de desarrollo ⁴⁶.

En un segundo grupo se pueden agrupar Miembros que tradicionalmente han mostrado un cierto grado de reticencia respecto de la idea de negociar un acuerdo sobre competencia dentro de la OMC. En este grupo se encuentra, principalmente, Estados Unidos, pero también algunos importantes países en desarrollo. Tradicionalmente, Estados Unidos ha defendido la posición de que un acuerdo multilateral de carácter vinculante no garantizaría mejores resultados en materia de fomento de la educación mutua, la cooperación y el entendimiento que los esfuerzos que ya se están llevando a cabo en el Grupo de Trabajo y en otros foros internacionales. Según Estados Unidos, las consideraciones relativas a

⁴³ M/9, párrafo 43.

⁴⁴ M/8, párrafo 70.

⁴⁵ M/9, párrafo 22.

⁴⁶ M/9, párrafo 42.

la competencia seguirían influyendo, cuando resulte apropiado y necesario, en la elaboración de las normas de la OMC y las disposiciones relativas al acceso a los mercados. Por ejemplo, tal y como hemos mencionado antes, las medidas relacionadas con la competencia han sido una parte integrante del acuerdo sobre liberalización del comercio de los servicios de telecomunicaciones básicas. En opinión de Estados Unidos, los instrumentos por los que las cuestiones relacionadas con la competencia adquieren importancia en orden a asegurar el acceso a los mercados, se articulan, con frecuencia, en función de los atributos del comercio en cuestión, en particular de los productos o los mercados de que se trata, y no es necesario ni conveniente abordar esos instrumentos con carácter general. Por lo tanto, no sería necesario emprender ningún tipo de examen global de todas y cada una de las disposiciones de la OMC con el fin de determinar si es necesario incorporar a ellas modificaciones supuestamente favorables a la competencia ⁴⁷.

Además, Estados Unidos opina que la notificación multilateral de las medidas encaminadas a aplicar la legislación sobre competencia sería pesada e inviable. Tales notificaciones requieren gran confidencialidad y discreción, dada la garantía de protección que se debe conceder a las empresas que participan en las investigaciones sobre la competencia. Éstas se realizan, por lo general, con carácter bilateral, es decir, sólo se notifica al país afectado. La notificación multilateral de las futuras medidas a aplicar sería incompatible con los requisitos de confidencialidad y podría obstaculizar seriamente su eficacia. Por otra parte, y según la opinión de Estados Unidos, no resulta evidente la justificación de un acuerdo multilateral para normalizar las prácticas nacionales en materia de competencia. Nada habría de teóricamente inconveniente o perjudicial en el hecho de que existan más de 80 leyes de competencia en el mundo. Finalmente, la centralización de la prestación de asistencia técnica en los nuevos organismos encargados de la competencia no parecería justificada. Los países que solicitan asistencia tienen, por lo general, una idea clara de lo que necesitan y saben a quién pedirlo. No habría, por tanto, ningún motivo para disponer de una organización centralizada encargada de la coordinación general. Nada habría de malo en que un país en vías de desarrollo solicitara asistencia técnica y asesoramiento en la materia a varios países al mismo tiempo ⁴⁸.

El resto de los Miembros se suele inclinar por uno de estos dos polos. Pero merece la pena insistir, también aquí, en lo evidente: que lo que acabamos de decir no intenta ni puede ser una foto estática. La foto que hemos presentado está fechada, pero la realidad es una película, en la que los personajes no permanecen inmóviles. Cómo se mueven y cómo se moverán es el principal objeto de especulación. No obstante, tal y como nos pidieron los coordinadores de este volumen, intentaremos

⁴⁷ M/9, párrafo 46.

⁴⁸ M/9, párrafo 25.

dar en la siguiente sección algunas indicaciones al respecto, sin entrar demasiado en conjeturas especulativas.

4. EL FUTURO: ¿UN ACUERDO MARCO OMC SOBRE COMPETENCIA?

Como hemos dicho antes, una cuestión que ha ocupado un lugar central, desde el establecimiento del Grupo de Trabajo hasta el día de hoy, es saber si los *debates* de los Miembros en el Grupo de Trabajo se convertirán, llegado el momento, en *negociaciones* multilaterales. Aunque siempre resulta extremadamente difícil contestar esta pregunta fuera del contexto de un ciclo concreto de negociaciones más completas, no cabe duda de que, en el decurso de los debates del Grupo de Trabajo, varios Miembros están aproximando sus propuestas en materia de política de la competencia. Las propuestas no son todavía idénticas, pero sí han llegado a coincidir en su esencia⁴⁹. Ahora bien, ha de señalarse también que todavía *no* hay *consenso* entre los Miembros respecto del contenido de las propuestas. Pueden observarse, no obstante, ciertos cambios recientes respecto de las posiciones iniciales de ciertos países que antes se oponían a cualquier iniciativa de negociación, sobre todo de los países en vías de desarrollo. Parece, por ejemplo, que la mayoría de los Miembros de Latinoamérica están ahora a favor de una mayor cooperación internacional, uniéndose así al polo de la Unión Europea, Canadá y Japón. Estados Unidos y la mayoría de los Miembros Asiáticos —con la notable excepción de Corea—, en cambio, continúan siendo bastante escépticos al respecto.

Puede, pues, observarse una mayoría —no un consenso— emergente entre los Miembros, la cual podría aceptar, bajo ciertas condiciones, un acuerdo marco sobre política de la competencia. En cuanto al ámbito y la naturaleza de los elementos específicos de cooperación que estarían incluidos en ese marco multilateral sobre política de la competencia, los proponentes postularon en el Grupo de Trabajo que deberían tener, al menos, cuatro dimensiones: i) cooperación en casos específicos; ii) intercambio de experiencias a través de un foro multilateral; iii) coordinación en la prestación de asistencia técnica general, y iv) asistencia a los países en vías de desarrollo para hacer cumplir las diferentes disposiciones. Durante las últimas reuniones del Grupo de Trabajo, se expresó asimismo la opinión de que la cooperación en el seno de un marco de la OMC tendría esencialmente carácter progresivo y se conseguiría paso a paso. La primera fase sería ampliamente educativa y se centraría en el desarrollo de la capacidad de exigir el cumplimiento. La característica principal de la segunda fase consistiría en el desarrollo y la aplicación de los procedimientos de notificación. El Miembro que iniciara una investigación que pudiera afectar a intereses importantes de otro Miembro debería

⁴⁹ Robert ANDERSEN, *loc. cit.*, p. 8.

hacer la notificación oportuna a este último en la fase apropiada de la investigación. Pasos más significativos hacia la intensificación de la cooperación internacional serían la coordinación de las medidas de acción contra los cárteles internacionales y el desarrollo de un enfoque común con respecto a las cuestiones de procedimiento en el examen de las fusiones. Este último paso pretendería minimizar los costos de los trámites destinados a obtener las aprobaciones necesarias de un plan de fusiones en jurisdicciones diferentes⁵⁰.

También es importante precisar que la cooperación prevista en estas propuestas de un marco multilateral sobre política de la competencia tendría carácter necesariamente voluntario. Muchos Miembros opinan que normas vinculantes en la esfera de la cooperación no tendrían sentido, e implantarlas sería una contradicción. Ahora bien, el hecho de que la cooperación sea en última instancia voluntaria no debería interpretarse en el sentido de que el marco propuesto no mejoraría significativamente el entorno y los incentivos de la cooperación entre los países participantes. Parte integrante del marco sería el compromiso, por parte de los países, de consultarse y de buscar soluciones mutuamente aceptables sobre una serie de cuestiones relativas a las prácticas anticompetitivas de dimensión internacional. Habida cuenta que se daría una convergencia en los principios fundamentales, que no sólo se entablarían consultas bilaterales, sino que habría también un foro multilateral de intercambio de opiniones y experiencias, y que se produciría un reconocimiento específico de las necesidades de los países en vías de desarrollo en materia de cooperación, este grupo de Miembros defiende que debería quedar claro que la estructura de los incentivos tendría que ser lo bastante fuerte como para intensificar significativamente la cooperación entre países con niveles diferentes de desarrollo. Este enfoque se ajustaría más a las tradiciones de los organismos de la competencia establecidos y tendría más probabilidades de producir los resultados deseados que cualquier otro que exigiera la cooperación⁵¹.

Queda, pues, por ver cómo evolucionarán las respectivas posiciones durante una nueva Ronda, si es que los Miembros logran lanzar una nueva Ronda en Qatar en el otoño del 2001, cosa que todavía no es nada segura. Tampoco está claro cómo se relacionará el eventual acuerdo marco con la reciente iniciativa, promovida por Estados Unidos y la Unión Europea, del *Global Competition Initiative (GCI)* o *Global Competition Forum (GCF)*. La idea del GCF fue originalmente propuesta en el informe final del *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, organismo consultor establecido por el Ministerio de Justicia del Gobierno estadounidense, y posteriormente avalado por el Sr. Mario Monti, Comisario Europeo responsable de política de la competencia. Se trata de un foro relativamente informal, en el que delegados de las autoridades

⁵⁰ WT/WGTCP/4, párrafo 44.

⁵¹ WT/WGTCP/4, párrafo 51.

de la competencia de todo el mundo podrán compartir sus experiencias, intercambiar información y explorar posibilidades de mejorar la cooperación internacional ⁵². Algunos Miembros ven en esta iniciativa una alternativa a un acuerdo marco en el seno de la OMC; otros la consideran complementaria de tal acuerdo marco.

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

⁵² Véase Merit JANOW, *The Initiative for a Global Competition Forum. Conference Report*, febrero 2001, p. 2.

