

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES*

GABRIEL IBARRA PARDO**

RESUMEN

El desarrollo del comercio internacional, por regla general, puede ser considerado como un estímulo para la competencia. Sin embargo, puede llegar a propiciar conductas que distorsionan el mercado interno. En efecto, es frecuente que se organicen carteles internacionales para llevar a cabo acuerdos que, normalmente, serían considerados como una práctica restrictiva de la competencia. Esta situación se ve favorecida debido a que, muchas veces, por tener el carácter de internacionales, tales conductas quedan excluidas del ámbito de aplicación de las normas de los países afectados.

En el presente artículo se hace un estudio acerca de la problemática descrita y se detallan las fórmulas que han propuesto algunos organismos internacionales, en especial la OMC y la OCDE, para enfrentar las consecuencias que inevitablemente trae el desarrollo del comercio entre naciones.

* El presente artículo fue publicado en: revista jurídica *Juris Consulta - Competencia* n° 8, año 2004 de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Colegio de Abogados Comercialistas (CAC), págs. 171-216.

** Coordinador del Comité de la Competencia de la Cámara de Comercio Internacional. CCI.

Palabras clave: comercio internacional, carteles internacionales, prácticas anticompetitivas internacionales, *positive comity*.

ABSTRACT

International trade, generally speaking, is considered to encourage competition. However, it can also entail certain conducts that may disturb domestic markets. Often, international cartels reach to understandings which would normally be considered as anticompetitive agreements. The fact that such conducts occur at an international level implies that domestic law of the affected countries does not apply to them.

This article reveals a study of the aforementioned issue and describes some proposals given by international organizations such as the WTO and the OECD, on how to confront the unavoidable consequences that international trade brings.

Key words: international trade, International cartels, international anticompetitive conducts, positive comity, international cartels.

Sumario

1. Ubicación del tema
2. Los carteles internacionales
 - 2.1. Definición de cartel intrínsecamente nocivo
 - 2.2. Tipología de los carteles internacionales
 - 2.3. Circunstancias que favorecen la aparición de los carteles en el contexto internacional
3. Medidas para neutralizar y reprimir las prácticas restrictivas con efectos transfronterizos
 - 3.1. Cooperación internacional
 - 3.1.1. Diferentes propuestas de cooperación
 - 3.1.1.1. Bases para una posible armonización

- 3.1.1.2. Tipos de acuerdos de cooperación
- 3.2. Medidas de carácter local
- 3.2.1. Revisión y/o adopción de la ley de competencia
- 3.3. Recomendación de la OCDE para combatir los carteles intrínsecamente nocivos y para evitar potenciales conflictos en la aplicación de leyes de competencia y medidas de política comercial
- 3.3.1. Recomendación de 1998 para combatir los carteles intrínsecamente nocivos
- 3.3.2. Recomendación relativa a posibles áreas de conflicto entre las leyes de promoción de la competencia y las medidas de política comercial de octubre 23 de 1996
- 3.4. Instrumentos que han adoptado las economías o países desarrollados para combatir la cartelización
- 3.4.1. Programas de delación
- 3.4.2. Posibles efectos de los acuerdos de cooperación en los programas de delación
- 3.5. Acciones contra los carteles internacionales ante las cortes locales por parte de consumidores extranjeros
- 3.5.1. Acciones ante las cortes de Estados Unidos de América
- 3.5.2. Perspectivas de estos fallos para Colombia
- 4. Exclusiones y excepciones a la ley de la competencia
- 5. El tema relativo a las comercializadoras internacionales y los esquemas de exportación de las pequeñas y medianas empresas
- 5.1. Posibilidad de excepciones para acuerdos de cooperación de pequeñas y medianas empresas bajo la ley alemana
- 5.1.1. Los carteles con efectos de *minimis*
- 5.1.2. Pequeños carteles de negocios
- 5.1.3. Acuerdos o asociaciones de compra
- 5.2. Excepciones en la Unión Europea
- 5.3. Excepciones en Estados Unidos
- 6. Probable desenlace de las negociaciones sobre competencia en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales

Bibliografía

1. UBICACIÓN DEL TEMA

La globalización de la economía ha traído, necesariamente, la interdependencia de los diferentes mercados, lo que lleva a que las conductas y prácticas de negocios locales, tengan efectos en el mercado de otros estados.

Usualmente las leyes de promoción de la competencia, vigentes en los diferentes países, acogen la tesis de los efectos¹ y tienen un alcance limitado al mercado doméstico.

Colombia no escapa a esta tendencia y de hecho las normas sobre competencia, vigentes en nuestro país, sólo se ocupan de combatir las prácticas que tienen efecto en el mercado nacional².

No obstante esa es la pretensión de la ley, no es fácil, ni siempre posible, combatir, ni reprimir, las prácticas que tienen efecto en el mercado colombiano, cuando ellas se originan o producen en territorio extranjero.

Lo anterior, no sólo debido a los límites territoriales que rigen el ejercicio de la jurisdicción de las autoridades de la competencia, sino además debido a las restricciones presupuestales y de infraestructura

1 Esta doctrina se desarrolló bajo la ley *antitrust* de los Estados Unidos, así como de la República Federal Alemana y ha sido adoptada gradualmente en un sinnúmero de decisiones en la Unión Europea. La Comisión Europea ha derivado esta doctrina del principio de territorialidad, propio del derecho internacional público, que permite a cada nación, someter a su jurisdicción, las conductas que tengan una relación con su territorio. La infracción de un principio fundamental, en este caso el principio de una competencia libre y exenta de distorsiones, en el territorio de la Unión, mediante una conducta restrictiva, es considerado como una base suficiente para ejercer la jurisdicción. De acuerdo con la teoría de los efectos, “un Estado puede prohibir las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por partes ubicadas en el exterior, siempre y cuando dichas prácticas causen efectos anticompetitivos en su territorio”. Véase EEC *Competition law*, Lennart Ritter, W. DAVID BRAUN and FRANCIS RAWLINSON, Kluwer, pág. 27.

2 Artículo 2 decreto 2153 de 1992. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:
“1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en *los mercados nacionales* sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades” (bastardilla fuera de texto).

que impiden aplicar, con eficiencia, la ley colombiana más allá del territorio nacional.

Ello determina la dificultad, especialmente para los países en vías de desarrollo, de aplicar las leyes de competencia nacionales, a aquellas conductas anticompetitivas que se originan o que tienen efectos en territorio extranjero.

De ahí que las perspectivas determinadas por la realidad de la globalización y los acuerdos comerciales internacionales, que en la actualidad está negociando Colombia, imponen la necesidad, no sólo de ingresar en esquemas de cooperación internacional, sino también de definir una política y un marco legal que permitan superar, en la medida de lo posible, las limitaciones antes descritas.

Es pues imprescindible diseñar instrumentos idóneos para prevenir y reprimir, con un grado mínimo de eficacia, las prácticas restrictivas que a pesar de originarse en territorios extranjeros, tienen un impacto nocivo en el mercado colombiano o que llevan a falsear la competencia en los mercados de exportación.

Y es que el tema de la competencia en el ámbito de las relaciones económicas internacionales plantea una triple problemática:

- a. La primera se relaciona con el hecho de que la apertura de la economía no sólo significa, para la industria doméstica, la exposición a una mayor competencia, sino también, a una serie de conductas foráneas que la distorsionan.

Se parte aquí del supuesto de que los mercados se deben abrir a una competencia sana, leal y exenta de distorsiones.

De ahí que, en cada país, la reducción de las barreras comerciales deba, necesariamente, acompañarse de una política y de un marco legal de competencia.

Estas herramientas han de tener como propósito garantizar que la liberación comercial, no sea aprovechada por quienes detentan una posición dominante, en los mercados internacionales, para incurrir en abusos y en prácticas transfronterizas restrictivas de la competencia.

La experiencia demuestra que, las prácticas que suelen presentarse, en el ámbito del intercambio internacional, no sólo son más variadas de las que usualmente ocurren en el contexto doméstico, sino que, en muchas ocasiones, cuentan además con el apoyo y soporte de los gobiernos de los países exportadores.

- b. La segunda problemática está representada por el riesgo de que las prácticas restrictivas produzcan efectos, ya no en el mercado local, sino en los mercados de exportación.

Estas prácticas pueden presentarse como resultado de los carteles internacionales, que buscan establecer barreras de acceso y medidas destinadas a excluir la competencia, en los mercados de exportación.

Como ejemplo de estos comportamientos pueden mencionarse los actos de boicoteo o de represalia, adoptados contra quienes se niegan a favorecer la conducta y las políticas del cartel.

También se presentan acuerdos excluyentes de las industrias domésticas, tales como carteles de importación o intentos por monopolizar los canales de distribución.

- c. La tercera está relacionada con las perspectivas de ganancia que se derivan, para el consumidor, de los procesos de liberación comercial.

En este sentido, es preciso verificar que las ventajas del proceso no se vean menoscabadas o anuladas por acuerdos entre productores nacionales y extranjeros, o entre unos y otros, que reproduzcan, de manera automática, las barreras eliminadas por las negociaciones comerciales.

Usualmente este tipo de comportamientos impide que los beneficios de la liberación comercial, se trasladen al consumidor, de tal forma que ellos se quedan en las manos de quienes incurren en todo tipo de conductas anticompetitivas.

Dada la amplitud y complejidad del tema, no es posible referirse en el presente artículo, a todas las gamas y modalidades de prácticas restrictivas que se presentan en el contexto enunciado.

Por este motivo, haremos especial énfasis, en esta breve monografía, al tópico concerniente a los carteles internacionales, los que constituyen una de las amenazas más extendidas en el contexto internacional.

La capacidad letal de estos carteles, puede llegar a ser devastadora en una economía carente de barreras y de los medios adecuados e idóneos de defensa.

El tema objeto de reseña reviste además especial interés, por cuanto tiene relación con cada una de las tres problemáticas antes descritas, además de que plantea una serie de inquietudes adicionales, tales como las siguientes:

1. La posibilidad de que las comercializadoras internacionales, puedan ser consideradas, en otros mercados como un cartel.
2. Las alternativas de regulación que les permita a las PYME y a sus organizaciones de exportación, competir con empresas que tienen mayores economías de escala.
3. Las disposiciones específicas, concernientes a los carteles de exportación, que debe adoptar la legislación colombiana, con el fin de evitar que las comercializadoras internacionales se vean en situaciones de desventaja, respecto de sus competidores en los mercados externos, etc.

En el contexto multilateral, el tema es motivo de gran inquietud, en razón de la ausencia total de una regulación y de una autoridad supranacional.

Este escenario permite la proliferación de carteles internacionales, que se establecen con el propósito de distribuir cuotas y fijar precios.

Hasta el momento no existe ningún mecanismo que permita a los países en vías de desarrollo, hacer frente de manera eficaz a estos carteles, cuyos efectos se tornan aún más dramáticos y nocivos, en un esquema de apertura o de integración regional.

Es notable, en estos países, no sólo la ausencia de una legislación adecuada de competencia, para combatir el fenómeno, sino además,

la falta de medios y la precariedad que caracterizan sus autoridades de competencia.

Además, debe tenerse en cuenta que a las limitaciones anteriores, se agrega el hecho de que la actividad que gira alrededor de los carteles, es totalmente secreta y que las agencias de competencia de estos países, tienen unos poderes de investigación muy limitados, máxime si la cartelización se lleva a cabo en el exterior.

En el presente artículo se abordará el estado de la cuestión en el ámbito de las relaciones comerciales multilaterales, así como las fórmulas que han propuesto algunos organismos internacionales, en especial la OMC y la OCDE, así como algunos países, para hacer frente a estas conductas nocivas.

Se hará también referencia, a la posibilidad de que los exportadores acudan, directamente, a las cortes locales de aquellos países, en donde tiene origen la conducta anticompetitiva, con el fin de solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios.

2. LOS CARTELES INTERNACIONALES

2.1. DEFINICIÓN DE CARTEL INTRÍNECAMENTE NOCIVO

La OCDE lo define como:

“Un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o un arreglo anticompetitivo establecido por competidores para fijar los precios, manipular las licitaciones (licitaciones colusorias) establecer limitaciones o contingentes de producción o repartirse los mercados asignando clientes, proveedores, territorios o ramos comerciales”³.

La definición excluye de esta categoría, las prácticas concertadas o arreglos que:

3 Recomendación del consejo de la OCDE sobre medidas eficaces contra los carteles intrínsecamente nocivos, adoptada por el Consejo en su 921 reunión celebrada el 25 de marzo de 1998 [C/M(98)7/PROV].

- a. Guarden una relación justificada con la legítima obtención de mejoras de la eficiencia, en formas de reducción de los costos o aumento de la producción.
- b. Queden excluida directa o indirectamente, del ámbito de aplicación de las propias leyes del país miembro en cuestión, o estén autorizados en virtud de esas leyes⁴.

2.2. TIPOLOGÍA DE LOS CARTELES INTERNACIONALES

En el plano internacional se reconocen tres tipos de carteles:

1. Los de *importación*: son aquellos que tienen por objeto fijar el precio u otras condiciones relativas a los bienes o servicios que se importan con destino a los mercados internos de las empresas participantes⁵.
2. Los *internacionales*: son aquellos carteles que suelen fijar los precios, los volúmenes de producción u otros factores determinantes de la competencia en diversos mercados nacionales, incluidos por lo general, aunque no exclusivamente, los países de origen de las empresas participantes⁶.
3. Los de *exportación*: son los que fijan precios o volúmenes de producción en los mercados de exportación de las empresas participantes, pero no en sus mercados internos⁷.

De los carteles enunciados amerita especial consideración los de exportación, por cuanto ellos son apoyados, y a veces promovidos, por los gobiernos de los países de origen.

4 *Ibid.*

5 *Provisions on hardcore cartels. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. Background Note by the Secretariat. WT/WGTCP/W/19120 June 2002.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

Así por ejemplo, la ley *antitrust* norteamericana contempla una excepción expresa, para los carteles de exportación.

En efecto, la *Web-Pomerene Act* exceptúa de la aplicación de la *Sherman Act* y de la *Clayton Act*, a las asociaciones de empresas, creadas con el único fin de realizar exportaciones y cuya actividad exclusiva, sea la venta de bienes o de servicios, con destino a mercados externos.

Para gozar de la exención referida, es preciso demostrar que la actividad de las compañías en cuestión, no tendrán efectos perjudiciales en los Estados Unidos.

Sobre las bases anteriores, este tipo de compañías pueden obtener un “certificado de revisión” de la Secretaría de Comercio.

El certificado protege al exportador, por completo, de cualquier posibilidad de ser condenado por una acción de triple daño⁸ o de incurrir en responsabilidad penal⁹, y confiere la presunción de legalidad, a las actividades cubiertas por el certificado¹⁰.

8 De acuerdo con la sección 7 de la *Sherman Act*, “Cualquier persona que se vea perjudicada en sus negocios o en su propiedad, por cualquier otra persona o empresa, como consecuencia de cualquier acto prohibido, o considerado ilegal por esta ley, podrá demandar para recuperar tres veces los daños por él sufridos y el costo del proceso judicial, lo cual incluye el costo de un buen abogado”. (Traducción informal de autor).

El temor que inspira la acción de triple daño es uno de los mecanismos más eficaces para garantizar el cumplimiento de la ley *antitrust*, sin embargo, es importante conocer sus limitaciones. En este sentido, cualquier empresario que considere que se está incumpliendo la ley *antitrust*, podrá presentar una queja ante el Departamento de Justicia, pero no podrá interponer una acción en su propio nombre, a menos que pueda demostrar que efectivamente hubo un incumplimiento de la ley, y que él particularmente se ha visto afectado por tal cumplimiento. Véase NEALE A.D. and GOYDER D.G., *The antitrust laws of the USA, a study of competition enforced by law*, third edition, Cambridge University Press, págs. 417-418.

9 La sección 1. de la *Sherman Act* consagra como una conducta criminal, sancionada con pena de prisión de hasta tres años, cualquier acto, contrato o conspiración para restringir el comercio y la competencia.

10 Véase GUZMÁN ANDREW T., “*Is international Antitrust possible?*”, *New York University Law Review*, n° 5, vol. 73, November 1998, pág. 1514, nota 35.

La *Foreign Trade Company Act*, complementa la legislación anterior y establece la imposibilidad de iniciar proceso alguno, bajo la ley Sherman, a cualquier actividad de exportación que no tenga

“un efecto directo, sustancial y razonablemente predecible, en el comercio de los Estados Unidos”.

Los requisitos que exige la ley norteamericana para conferir el certificado, son los siguientes:

1. Que la práctica no resulte en una restricción sustancial, a un competidor norteamericano del aplicante.
2. Que tal certificado no se traduzca en una competencia desleal, en contra de otros competidores norteamericanos, que exporten el mismo tipo de bienes o servicios.
3. Que la actividad exceptuada, no incluya ningún acto que pueda resultar en una venta, para el consumo dentro de los Estados Unidos, de los bienes o servicios del aplicante.

La legislación canadiense, al igual que la de los EE.UU., también excluye de la aplicación de la ley *antitrust*, a los carteles de exportación, siempre que dicha figura no:

- Resulte en una reducción o limitación del valor real de las exportaciones de un producto.
- Restrinja e impida a cualquier persona entrar o expandir sus negocios de exportación de productos, desde el Canadá hacia terceros países.
- Impida o lesione, de manera indebida, la competencia en el suministro de un servicio que facilite la exportación de productos desde Canadá¹¹.

11 Canada, *Competition Act*, sección 45(6).

En cuanto a las razones que se aducen, para excluir esta actividad de la ley *antitrust* norteamericana, puede citarse el argumento consistente en la necesidad de dar, a los exportadores de esos países, unas ventajas competitivas en los mercados foráneos.

Se parte aquí de la base, de que los exportadores de otros estados, con los cuales tiene que competir la industria norteamericana, no están sujetos a los estrictos requisitos contemplados en las leyes estadounidenses o canadienses.

2.3. CIRCUNSTANCIAS QUE FAVORECEN LA APARICIÓN DE LOS CARTELES EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Un estudio realizado por MARGARET LEVENSTEIN, VALERIE SUSLOW y LINDA, OSWALD¹², muestra que la actividad de los carteles se incrementa significativamente, en los procesos de integración económica.

Los autores citados ilustran que la formación de carteles se registra, de manera intensiva, en los inicios de estos procesos.

Por ello, concluyen que la integración de mercados, por sí misma, si no está acompañada de un régimen riguroso que prevenga, de manera eficaz, las prácticas restrictivas, puede llevar a un incremento de los carteles y no a una mayor competencia.

De tal manera que la gran conclusión es que la liberalización conduce *per se*, a incrementar los incentivos para que las firmas participen en carteles, lo que obviamente erosiona y anula los beneficios de la integración regional¹³.

Luego el asunto no se limita, simplemente, a la apertura de nuevos mercados y a las probables ventajas que puedan derivarse de la baja de aranceles, sino que es imperioso estudiar las fórmulas que permitan aprovechar esas reducciones arancelarias y que aseguren la entrada y permanencia de los agentes económicos, en los nuevos mercados.

12 “LEVENSTEIN, MARGARET C., SUSLOW VALERIE Y. and OSWALD, LYNDIA J., “*International Price – Fixing Cartels and Developing Countries: A discussion of effect and Policy Remedies*” (February 3, 2003) PERI *Working Paper*, n° 53; William Davidson Institute Working Paper, n°538.

13 Véase pág. 31.

Es claro entonces, que de nada sirve la reducción de los aranceles y la eliminación de los obstáculos al comercio, si los carteles de exportación e importación se encargan de reproducir las barreras que antes imponían los gobiernos.

2.4. EFECTOS DE LOS CARTELES EN LOS MERCADOS LOCALES

El establecimiento de un cartel, trae consigo una serie de prácticas acometidas por sus miembros, con el fin de generar barreras de acceso al mercado, y de impedir la permanencia de los competidores que no hacen parte del mismo.

Dentro de estas medidas pueden mencionarse, entre otras, la figura de los precios predatorios, el intento de monopolizar los canales de distribución, *group poollings* de patentes o *pools* de patentes, mediante las cuales se busca restringir el acceso a la tecnología de quienes no pertenecen al cartel.

En cuanto a las barreras de entrada, que pueden establecer los carteles, con el fin de contrarrestar las reducciones de los aranceles, se encuentran figuras tales como las siguientes:

1. Los derechos *antidumping*, que se utilizan de manera intensa, cuando el cartel tiene plantas en los principales mercados de importación.
2. Cuotas o contingentes de importación, establecidas por los gobiernos locales, como resultado de la presión o actividad de cabildeo, ejercida por los miembros del cartel.

El estudio de los profesores LEVENSTEIN, SUSLOW y OSWALD, muestra cómo los carteles internacionales han tenido significativos efectos nocivos, en los países en vías de desarrollo (PVD)¹⁴.

El documento ilustra cómo en 1997 esos países importaron US\$ 54.7 billones, en bienes de 19 industrias que fueron sancionadas por conspiración y acuerdos de fijación de precios.

14 *Ibid.*

Estas importaciones representaron 5.2% del total y 1.2 del producto interno bruto de los PVD¹⁵.

Las prácticas enunciadas traen consigo los siguientes efectos indeseables, entre otros, en esos mercados¹⁶:

- Encarecimiento de las materias primas que requieren los productores locales, lo que erosiona sus utilidades y su competitividad.
- Exclusión de la competencia en los mercados foráneos de exportación y en los propios mercados nacionales.
- Encarecimiento de los productos para los consumidores.
- Apropiación, por parte de los carteles, de las rentas derivadas de la reducción de aranceles, lo que evita que se bajen los precios, en aquellos países que han liberado su mercado. En la práctica, lo que ocurre es que los carteles se apropian de las rentas, que antes percibía el país importador.
- Incrementos, de hasta el 100%, en el precio de los productos objeto del cartel.
- Reducción de las alternativas de escogencia del consumidor.

3. MEDIDAS PARA NEUTRALIZAR Y REPRIMIR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS CON EFECTOS TRANSFRONTERIZOS

La perspectiva antes descrita, indica la necesidad de que los países, sobre todo aquellos que por el momento no cuentan con herramientas eficaces para combatir los carteles internacionales, y otras prácticas

15 *Ibid.*

16 Para una mayor ilustración respecto de los efectos, que pueden tener los carteles internacionales en los países en desarrollo, véase LEVENSTEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., “*Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*”, julio 28 de 2003. Véase también <http://CUTS.org/pulling.pdf>, última visita 6 de noviembre de 2003.

restrictivas con efectos transfronterizos, comiencen a estudiar la posibilidad de adoptar instrumentos que les permitan aprovechar los beneficios de la integración regional y de los acuerdos de liberación comercial, y que garanticen que los mismos no se han de convertir en un mecanismo para que las empresas, que tienen posición dominante en los mercados internacionales, abusen de esa circunstancia.

En este sentido, los países en desarrollo deben adelantar acciones en dos frentes principalmente:

3.1. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

3.1.1. DIFERENTES PROPUESTAS DE COOPERACIÓN

Se han sugerido diversas propuestas, especialmente, en el seno de la OCDE, del grupo de trabajo sobre comercio y competencia, creado en el marco de la OMC, y en los demás foros internacionales sobre la materia.

Dentro de aquéllas dignas de mención se destacan las siguientes¹⁷:

- a. Creación de una ley común o supranacional de competencia.
- b. Armonización de las leyes sustantivas de competencia, entre los distintos países.
- c. Establecimiento de una regla para escoger la ley aplicable, con el fin de resolver las disputas sobre la jurisdicción.
- d. Tratados internacionales, en aras de aplicar las leyes nacionales a las actividades o negocios internacionales, de una manera consistente entre los diferentes países.
- e. Intercambio de información, entre las diferentes autoridades de competencia, con el propósito de aplicar las leyes nacionales en el interior de los mercados de cada país.

17 Véase GUZMÁN ANDREW T., ob. cit., pág. 1504, nota 6.

No todas las soluciones propuestas son realmente viables, si se toma en cuenta que la capacidad o habilidad de los países, para hacer frente a estas conductas es por lo general, bastante heterogénea.

Así, el nivel de desarrollo de cada economía, las diferencias culturales y la diversidad de sistemas jurídicos característicos de los diferentes estados, hacen imposible, la adopción de una legislación común y única sobre competencia, que se aplique en todos los países miembros de la OMC.

Cada país, dependiendo de su cultura, grado de desarrollo económico, tamaño de mercado, sistema jurídico, posibilidades presupuestales, y de su estructura administrativa y judicial, entre otros factores, tenderá a tipificar las conductas que considere más lesivas, para el orden económico y social, y a consagrar las penas, sanciones, y procedimientos que juzgue le sean más convenientes.

A su vez, el enfoque de cada país en relación con las prácticas restrictivas, también varía notablemente, dependiendo de si se trata, de un país principalmente exportador, o de uno netamente importador.

Así, los países exportadores tenderán a aprobar, e incluso a patrocinar y fomentar, toda conducta anticompetitiva que no tenga efectos en sus consumidores, máxime cuando estas prácticas restrictivas lleven a incrementar su participación en los mercados externos, a generar divisas y a favorecer las exportaciones¹⁸.

En suma, los países exportadores sólo tomarán en consideración los efectos de las prácticas restrictivas, en su balanza de pagos, y se inclinarán por menospreciar los efectos, de dichas prácticas, en los consumidores y competidores de los demás países.

Un ejemplo de esta tendencia, es precisamente el conformado por los carteles de exportación que, como ya se ha visto, están exceptuados de la aplicación de la ley de competencia, en países como Estados Unidos, Canadá y Japón.

18 ANDREW GUZMÁN elabora un modelo que ilustra esta tendencia. Con base en este modelo sugiere que los países, netamente exportadores, que pueden aplicar además, su ley de competencia de manera extraterritorial, no estarán interesados en adoptar una regulación *antitrust* internacional, al paso que los países importadores estarán interesados, en extremo, en promover la adopción de una legislación de este tipo. Véase GUZMÁN ANDREW, ob cit., págs. 1501-1548.

Por el contrario, los países con una vocación principalmente importadora, tenderán a reprimir toda conducta que afecte o distorsione esas importaciones, por cuanto los efectos se sentirán, de manera dramática, en sus consumidores.

En consecuencia, estos países se sentirán tentados a menospreciar las ganancias en eficiencia, que pudieran derivarse de acuerdos entre competidores (v.gr. integraciones o acuerdos de colaboración empresarial)¹⁹.

19 Un ejemplo de esta tendencia puede apreciarse en el caso de la fusión entre Boeing y Mcdonal Douglas en el año de 1995.

La operación implicaba que los competidores, se reducirían de tres a dos productores de aeronaves civiles, en el mundo, lo cual podría significar que los consumidores serían privados de una fuente importante de suministro. Por otra parte, las autoridades norteamericanas sostenían que la situación de MCD era tan precaria, que de todas maneras desaparecería como competidor, en el futuro cercano.

La Boeing y MCD notificaron la fusión ante la Federal Trade Comision (FTC) y ante la Comisión Europea, al mismo tiempo.

La FTC decidió primero y concluyó que toda vez que MCD, no podría seguir siendo un posible competidor de Boeing, el efecto de fusión, sobre las condiciones de competencia en el mercado mundial, era mínimo o insignificante.

Por su parte, la Comisión Europea sostuvo que la fusión era violatoria del régimen de la Unión Europea, que prohíben este tipo de operaciones cuando fortalecen la posición dominante en el mercado.

Ninguna de las dos autoridades reconoció ni aceptó la tesis de la otra.

Como consecuencia de la decisión que adoptó la Comisión Europea, CLINTON amenazó con llevar el caso ante la OMC si la fusión no era aprobada por la Unión Europea.

Igualmente, la comisión amenazó con imponer multas a la Boeing, hasta el 10% de las ventas mundiales de la boeing, pero como ésta carecía de activos en Europa, la comisión amenazó con decomisar toda aeronave de esta marca que se vendiera a los clientes europeos, cuando ellas aterrizaran en el territorio de la comunidad.

Finalmente, la Comisión Europea aprobó la fusión en julio de 1997, después de que Boeing, accedió a comprometerse, a última hora, a no hacer efectivo, el contrato de proveedor exclusivo que había negociado con un número de aerolíneas norteamericanas. Véanse WEINER, MICHAEL L., "*Conflict and Cooperation: Meeting the Challenge of Increasing Globalization*", "*Interview with BOEDER, THOMAS L. y SHARP, BENJAMIN S.*", "*Attorneys for Boeing*", "*Interview with SCHAUB, ALEXANDER*, director general for competition, EC Commission", FIRST, HARRY, "*The Intersection of Trade and antitrust Remedies*", HACHIGIAN, NINA L., "*International antitrust Enforcement*", *antitrust*, Fall 1997, published by the Section of *antitrust* Law, American Bar Association.

Así, en ausencia de un convenio internacional, la ley del importador será la que se aplique con mayor rigor, lo que obviamente supone, que en la práctica, el país correspondiente tenga efectivamente posibilidades reales de aplicarla.

Es menester anotar aquí, que la habilidad de cada país para aplicar su ley de competencia nacional, a las conductas originadas en territorios foráneos con efectos nocivos en sus mercados, depende de si los infractores extranjeros, poseen o no activos y realizan operaciones significativas en el territorio del Estado afectado.

De tal manera que las autoridades del país, en cuyo territorio las firmas infractoras posean una parte significativa de sus activos y/o realicen una gran parte de sus negocios, tendrán una gran posibilidad de aplicar la ley de competencia local y, en consecuencia, de influir sobre el comportamiento de los agentes económicos extranjeros.

Contrario sensu, si en el territorio del país afectado por la práctica, las firmas infractoras no tienen activos, o sólo realizan una mínima parte de sus actividades, las autoridades de ese país no tendrán mayor viabilidad de hacer valer su ley.

En suma, la posibilidad que un país tiene de aplicar la ley de competencia, de manera extraterritorial, depende de que las firmas, los agentes económicos, o las empresas infractoras tengan en su territorio operaciones de negocios importantes o activos significativos²⁰.

De donde se concluye que los efectos globales de las prácticas restrictivas, no serán consideradas por las autoridades locales, mientras no exista una visión multilateral del asunto, y de ahí, que por el momento, no se vea como posible, ni como una alternativa viable, la adopción de una legislación antimonopolios común, ni mucho menos, la conformación de una sola autoridad supranacional, que se encargue de reprimir las prácticas transfronterizas restrictivas de la competencia²¹.

Otro factor que dificulta la armonización o la adopción de un régimen común, es el concerniente a los objetivos que tiene la política de

20 GUZMÁN, ANDREW T., ob cit., pág. 1506 y sigs.

21 *Ibid.*

competencia en cada sistema. Así por ejemplo, en los Estados Unidos²² la competencia es un fin en sí mismo considerado y el objetivo de la política es primordialmente promover la eficiencia económica, al paso que en la Unión Europea²³, la competencia tiene un carácter eminentemente instrumental, en la medida en que ella se ve como un vehículo para lograr los objetivos de la integración.

En contraste con lo anterior, uno de los objetivos de las leyes de promoción de la competencia en el Canadá, es el de proteger los negocios medianos y pequeños y de asegurar que los mismos tengan una oportunidad equitativa de participar en el mercado canadiense²⁴.

En este orden de ideas, es claro que las soluciones más realistas y viables, entre aquellas que se han propuesto son, indudablemente, las que se refieren a uniformizar o armonizar una serie de principios básicos o mínimos, que debiera adoptar cada legislación, así como las de celebrar acuerdos de *positive comunity* y de colaboración e intercambio de información, entre las agencias de competencia de los diferentes países.

22 Véanse NEALE, A.D. y GOYDER, D.G., *The antitrust laws of the USA*, Cambridge, University Press, third edition, págs. 20-21.

23 Véase BERNINI, GIORGIO, *Treinta años de derecho comunitario*, cap. III: Las reglas de la competencia, Comisión de las Comunidades Europeas. Perspectivas europeas, pág. 349.

24 Los propósitos de la ley de competencia canadiense se resumen en cuatro objetivos primordiales: 1. Promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense. 2. Expandir las oportunidades para Canadá de participar en los mercados mundiales. 3. *Asegurar que las pequeñas y medianas empresas tengan una oportunidad igual de participación en la economía canadiense*, y 4. Para darle a los consumidores precios competitivos. Véase R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 19. *Canadian Competition Act* "1.1 *The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices*" (destaque fuera de texto).

3.1.1.1. BASES PARA UNA POSIBLE ARMONIZACIÓN

De acuerdo con lo que se ha expuesto en el acápite anterior, es claro que cuando se alude a una posible armonización, no se quiere significar con ello, la unificación de procedimientos y penas. No se pretende tampoco, que todos los estados se adhieran a una lista o catálogo único de conductas prohibidas.

En suma: no se trata de que los países adopten todos, una legislación tipo o una normativa idéntica.

Se pretende, más bien, armonizar unos principios mínimos y básicos. Así por ejemplo, es deseable que las normas de los estados incluyan, como mínimo, los principios de transparencia, no discriminación, el respeto al debido proceso y al derecho de defensa.

Respecto de las conductas prohibidas, es deseable que se tipifiquen como tales, verbigracia, las de los acuerdos horizontales, dentro de las cuales se encuentran la actividad de cartelización, la fijación de precios, distribución de mercados, etc.

La armonización permitirá o facilitará la adopción de acuerdos bilaterales o multilaterales de intercambio de información y de *positive comunity*.

Un esfuerzo que sobre el particular vale la pena destacar, es el

“Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”, propuesto por las Naciones Unidas²⁵.

Este documento contempla algunas definiciones, como por ejemplo, la de prácticas restrictivas y la de posición dominante, así como una serie de principios, que se recomienda observar a los países y a las empresas transnacionales, a nivel local, regional e internacional.

El objetivo de los principios referidos, es controlar, prevenir y reprimir las prácticas comerciales restrictivas, que limiten el acceso a los mercados, restrinjan indebidamente la competencia y tengan efectos desfavorables en los mercados internacionales.

25 Véase TD/RBP/CONF/10/REV.1. New York. 1981.

Sin embargo, este documento elaborado por la UNCTAD, se ha quedado en una simple propuesta y valdría la pena que los gobiernos de los países, que aún no han adoptado una legislación de la competencia, lo consultaran y lo tuvieran en cuenta para esos propósitos, en lo que, obviamente, les fuera conveniente.

3.1.1.2. TIPOS DE ACUERDOS DE COOPERACIÓN

A. De Información y asistencia recíproca

Existen diversos tipos de convenios, algunos de los cuales contienen cláusulas relativas al *positiv y commity* y al intercambio de información, mientras que otros, sólo se limitan simplemente a esta última actividad.

The InternatIonal antitrust Enforcement Assistance Act of 1994, autoriza al Gobierno de los Estados Unidos, a celebrar tratados bilaterales que permitan compartir información con otros países, con el fin de aplicar y de hacer efectivas las políticas nacionales de promoción de la competencia.

Los acuerdos de cooperación celebrados, hasta el momento, por los Estados Unidos con diversos países y mercados como Israel, la Unión Europea, Canadá, Brasil, Australia, etc., son bastante ilustrativos y pueden servir como punto de referencia, para analizar las condiciones mínimas que debe tener un esquema de cooperación en este campo.

Estos convenios hacen énfasis, especialmente, en el asunto concerniente al intercambio de información y constituyen la forma más modesta de cooperación entre países.

Los acuerdos bilaterales, y los de integración regional, también sirven de vehículos para este tipo de acuerdos, por cuanto incorporan un capítulo específico sobre competencia comercial²⁶.

26 Véase por ejemplo, proyecto del Acuerdo del ALCA, borrador de capítulo sobre política de competencia. 4. Mecanismos para la cooperación y el intercambio de información, Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Chile y EEUU, capítulo XVI, artículo 16.2. “Las partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para profundizar el cumplimiento efectivo de las

Casi todos estos convenios contienen estipulaciones similares y, de ahí, que si Colombia pretende concluir un tratado bilateral de libre comercio con los Estados Unidos, es conveniente que comience a estudiar los clausulados de estos acuerdos de cooperación y, además, realice un inventario de las modificaciones e innovaciones que debe introducir en su legislación interna, para estar a tono y sacar verdadero provecho de las negociaciones respectivas.

En todo caso, estos acuerdos, que por lo general son bilaterales, contemplan la obligación de compartir información de dominio público. Es decir, que obligaciones como la enunciada, no se extienden, usualmente, a la información confidencial o privilegiada, aunque debe anotarse que recientemente la OCDE ha venido promoviendo la posibilidad de intercambiar evidencias e información confidencial, entre las diferentes autoridades de competencia de los países, sobre todo en lo que concierne a lucha contra los carteles internacionales²⁷.

La OCDE contiene algunas recomendaciones para los estados que buscan minimizar la posibilidad de conflictos, que pudieren presentarse entre las autoridades de competencia de los diferentes países, por la aplicación de sus leyes locales y/o en el evento de que se adelanten investigaciones en dos o más países, respecto de una misma práctica.

La idea es evitar que, en estos casos, las autoridades investigadoras lleguen a resultados diferentes y contradictorios.

En concreto, amerita especial mención la recomendación relativa a la operación entre países miembros, relacionada con las prácticas anticompetitivas que afectan el comercio internacional, expedida el 27 de julio de 1995²⁸.

leyes de competencia en el área de libre comercio. En consecuencia, las partes cooperarán en asuntos relativos a actividades tendientes a hacer cumplir las leyes de competencia, incluidas notificaciones, consultas e intercambio de información en relación con la aplicación de las leyes y políticas de competencia de las partes”.

- 27 Véase sobre el particular el reciente reporte de la OCDE sobre los carteles internacionales. *Second hard core cartels report*, *OECD Joint Global Forum on Trade and Competition*. IT00142067.03-Apr-2003. CCNM/GF/COMP/TR(2003)7, pág. 31.
- 28 “*Recommendation of the council concerning co-operation between member countries on anticompetitive practices affecting international trade*”, julio 27 de 1995- C(95130/final).

Esta recomendación aborda el tema de las investigaciones iniciadas, en relación con conductas que puedan afectar los intereses de otros países miembros, en cuyo caso, se sugiere notificarlos, en avance o previamente a la investigación.

Se recomienda también, tener en cuenta los puntos de vista que exprese el país afectado, sobre las probables acciones o remedios para combatir la práctica.

Igualmente, se reconoce que el país miembro consultado, puede expresar su interés en asumir la investigación, bajo sus propias leyes.

Se sugiere además, que cuando dos o más países inicien procedimientos, para investigar una práctica anticompetitiva, que se presente en el campo del comercio internacional, ellos deben coordinar las acciones para tomar medidas mutuamente convenidas, que sean satisfactorias para ambas partes.

En este sentido, cada autoridad debe suministrar, de manera recíproca, la información relevante sobre la práctica anticompetitiva, en la medida en que los intereses legítimos de sus países, les permitan hacerlo.

También debieran compartir ciertos asuntos reservados o confidenciales, para lo cual deben establecerse las apropiadas salvaguardias, en aras de garantizar que no habrá divulgación, por parte de las autoridades, que realizan el intercambio de información.

El segundo capítulo de la recomendación, se refiere a los procedimientos de consulta y conciliación entre las autoridades.

Sobre el particular se formulan, entre otras, las siguientes pautas:

- Cuando un país miembro considere que las investigaciones o los procedimientos iniciados, en otro país miembro, pueden afectar intereses nacionales importantes, debe transmitir sus puntos de vista y requerir las debidas consultas, con el país que ha iniciado los procedimientos.
- Sin perjuicio de que el país requerido continúe con sus procedimientos, éste deberá atender las consultas y los puntos de vista expresados por el país requirente y, en particular, cualquier sugerencia que se

realice como alternativa para suplir las necesidades y objetivos de los procedimientos o de las investigaciones llevadas a cabo.

- Un país deberá considerar que una o más empresas, situadas en uno o más países, pueden incurrir en conductas anticompetitivas de cualquier origen, que afecten de manera sustancial y adversa sus intereses. El país afectado puede solicitar consultas con los otros países, y debe reconocer, que el hecho de entrar en tales consultas, se hace sin perjuicio de cualquier acción que se pueda llevar a cabo, bajo sus propias leyes de competencia o la de los países implicados.
- Cualquier país que sea requerido de la manera anterior, debe también atender los puntos de vista y los hechos que le exponga el país requirente y, en particular, aquéllos relativos a la naturaleza de las prácticas anticompetitivas en cuestión, a las empresas involucradas, al perjuicio o los efectos perjudiciales que se prediquen de dichas prácticas. Todo ello en interés de la parte requirente.
- El país requerido que determine y reconozca, que las empresas situadas en su territorio, han incurrido en las prácticas anticompetitivas, que son perjudiciales para los intereses del país requirente, debe intentar asegurar que estas empresas tomen los correctivos del caso. Asimismo, el gobierno de este país debe adoptar las medidas y los remedios que considere apropiados, incluyendo acciones bajo su propia legislación de competencia, para lo cual obviamente podrá tener en cuenta sus propios intereses.
- Sin perjuicio de los derechos que tenga cada país miembro involucrado en las consultas antes referidas, estos países deberán dirigir sus esfuerzos a encontrar una solución mutuamente aceptable, a la luz de los intereses involucrados.

Finalmente, es pertinente anotar que la celebración de los acuerdos de cooperación, no significa, de ninguna manera, la armonización de políticas entre los países que hacen parte de ellos.

B. Acuerdos de *positive comitty*

Esta modalidad, es hasta el momento, la forma más avanzada de cooperación entre los países.

- Noción de *comitty* o cortesía positiva y negativa

Se puede decir que lo que se conoce como *positive comitty* o cortesía positiva, es un principio general, en el marco internacional de las negociaciones antimonopolio, que busca balancear el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial.

El primer tratado bilateral de cooperación, en el ámbito de la promoción de la competencia, que utilizó este concepto, fue el celebrado entre los EEUU y la Unión Europea en el año de 1991²⁹, aunque los reportes de la OCDE aclaran que esa noción apareció muchas décadas antes del referido acuerdo³⁰.

Las recomendaciones de la OCDE sobre cooperación, lo contemplan de la siguiente manera:

“Un país debe dar plena y completa consideración al requerimiento de otro país, en el sentido de extender la aplicación de su ley nacional y de sus procedimientos antimonopolios, a aquellas conductas originadas en su territorio, que afecten de manera sustancial y adversa, los intereses de otro país. *Adicionalmente, el país requerido es conminado a tomar cualquier acción que juzgue apropiada, de manera voluntaria, y en consideración a sus propios intereses legítimos*”³¹ (bastardilla fuera de texto).

El *positive comitty* se refiere, entonces, a una acción positiva, que un país determinado puede adoptar como respuesta al requerimiento de otro país, de tal manera que las autoridades de la parte requerida realicen la investigación del caso, en representación de la requirente,

29 Artículo V.

30 “*Report of the OECD committee on competition law and policy/making international markets more efficient through “positive comity”*” in *Competition law enforcement/daffe/clp (99)19*”, págs. 1 y 10.

31 *Ibid.* La traducción es del autor.

respecto de conductas que tengan efectos adversos en los mercados de la última.

La OCDE ha señalado las siguientes características del *positive comunity*—para distinguirlo de otras figuras similares— así³²:

- Se trata de una forma de cooperación entre países, *para hacer valer, para ejecutar o aplicar* las disposiciones o prohibiciones y reprimir las conductas ilegales que afectan la competencia.
- Es una acción voluntaria.
- Se produce por requerimiento de un país a otro país

No debe confundirse entonces, el *positive comunity* con otras actividades de cooperación que suelen presentarse, entre los países, tales como por ejemplo, los requerimientos de asistencia de una autoridad a otra, para adelantar una investigación iniciada por parte de la primera.

En este último caso, no se presenta *positive comunity* pues no se trata de que la autoridad del país requerido, investigue en representación del requirente, sino de que colabore con una actuación que está siendo adelantada, directamente, por la autoridad del país afectado o requirente. Es decir, que en este caso el requirente no renuncia a adelantar los procedimientos.

Ahora bien, en el proceso de determinar si un Estado ejerce o no su jurisdicción para investigar una conducta, cada autoridad tendrá que tomar en cuenta si los intereses sustanciales de otro país se verán o no afectados.

En Estados Unidos, los criterios para determinar si se ejerce o no el *positive comunity*, se discutieron en el caso de *Timberlane Lumber vs. Bank of America*.

Las pautas que fijó la Corte norteamericana, en ese caso, resultaron de sopesar los intereses, los hechos, y el impacto de los mismos, en los

32 *Ibid.*, pág. 18.

Estados Unidos, en comparación con los intereses que podría suscitar la misma conducta en terceros países.

La Corte determinó que debían analizarse los siguientes factores para hacer la evaluación del grado de cuál ley se aplicaba, si la de Estados Unidos o la de los países involucrados.

- El grado de conflicto entre la ley extranjera y la política nacional de competencia.
- La nacionalidad de las partes involucradas.
- Los principales lugares de negocios de esas partes.
- El grado de aplicación de cada país, de acuerdo con sus expectativas.
- Los efectos nocivos en el mercado de los Estados Unidos, comparados con el producido en terceros países.
- La relativa importancia de las violaciones producidas dentro de los Estados Unidos, comparadas con las producidas afuera³³.

Paralelo a la noción del *positive comitty*, existe también el concepto del *negative comitty* figura, cuya finalidad es evitar conflictos sobre los procedimientos de aplicación de la ley.

El *negative comitty* se refiere a la consideración que debe tener un país, en relación con la manera como puede prevenir, que los procedimientos iniciados bajo su propia ley, perjudiquen los intereses vitales de otros estados³⁴.

La OCDE lo define así:

33 “*Timberlane Lumber v. Bank of America*” [9 Cir. 1976], KIRIAZIS, GEORGIOS, *Competition Policy Newsletter*, 1998, number 3, October.

34 “*Report of the OECD committee on competition law and policy/making international markets more efficient through “positive comity”*”, in *Competition law enforcement/DAFFE/CLP (99)19*, pág. 19.

“Es el principio en virtud del cual un país debe:

- i) Notificar a otros Estados, cuando sus procedimientos, para la aplicación o ejecución de la ley de competencia, puedan tener un efecto importante en los intereses de esos otros países.
- ii) Tener en consideración las posibles alternativas de ejecutar y aplicar su ley, sin que ello perjudique los intereses de los demás países³⁵.

Este principio tiene una connotación de suma importancia, cuando un Estado asume la jurisdicción, para conocer de una conducta que infringe su ley, pero que se ha originado en territorio extranjero. Ese país debe tomar en cuenta los intereses vitales, de los demás socios comerciales, que pudieran resultar afectados con la investigación y tomar todas las acciones, que le fuere posible, para evitar lesionar esos intereses.

El *positive comity* va aún más lejos, pues el mismo implica, que la autoridad de la competencia inicia una investigación, en respuesta al requerimiento de otra autoridad.

La idea es que la agencia que está en mejor posición de adelantar la investigación, es aquella del país donde ocurrieron las prácticas, puesto que es allí, en donde se encuentran probablemente, más evidencias probatorias y, es esa autoridad, la que está en mejor posición de exigir la colaboración de los posibles infractores.

De tal manera que en virtud del *positive comity*, la parte requirente reconoce que la parte requerida está en una mejor posición para adelantar la actuación y, en consecuencia, suspende sus procedimientos.

El *positive comity* supone las siguientes consideraciones:

- Que la conducta esté prohibida por la ley de la parte requerida, aunque no necesariamente por la ley de la parte requirente.

35 Traducción informal del autor. El texto original en inglés es el siguiente:

“The principle that a country should (i) notify other countries when its enforcement proceedings may have an effect on their important interests, and (ii) give full and sympathetic considerations to possible ways of fulfilling its enforcement needs without harming those interests”, véase ibid., pág. 18.

- La parte requirente puede, si ha iniciado actuaciones, suspenderlos mientras la parte requerida adelanta los procedimientos encomendados.

3.2. MEDIDAS DE CARÁCTER LOCAL

Hemos visto, en el acápite anterior, las alternativas que se presentan en el contexto internacional, para hacer frente a los carteles y demás conductas restrictivas transfronterizas.

En este numeral se analizarán algunas de las medidas, que a nivel local, deben adoptar los países para combatir y reprimir estas prácticas.

3.2.1. REVISIÓN Y/O ADOPCIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA

En primer término, es preciso que los estados que aún no han expedido una legislación de competencia, hagan lo propio, y establezcan además, una autoridad encargada de aplicarla.

En el caso, de los países que cuentan con una legislación sobre el particular, es menester determinar, cuáles son las adaptaciones y modificaciones que se deben introducir a la ley de competencia, desde el punto de vista sustancial, adjetivo e institucional, con el fin de adaptarla a los requerimientos impuestos por las nuevas realidades de la globalización.

Este es precisamente el caso de Colombia, en donde se hace indispensable analizar y desarrollar una política que permita cumplir, al menos, con los siguientes objetivos:

- A. Que se garantice la subsistencia de las PYME en el mercado local, y en el internacional.
- B. Que se mantenga y se garantice la subsistencia de las comercializadoras internacionales. Como bien se sabe, esta figura constituye un vehículo de suma importancia, para encausar y canalizar las exportaciones colombianas.

- C. Que se contemple un régimen de fusiones o de integraciones que permita fortalecer el tamaño de las empresas colombianas, con el fin de que las mismas puedan competir con las firmas extranjeras, generalmente de mayor tamaño.
- D. Que se adopten herramientas eficaces, para combatir las prácticas restrictivas foráneas, que pudieran afectar la producción colombiana, en los mercados de exportación.

Desde esta perspectiva, es indispensable estudiar, en particular, la posibilidad de adoptar mecanismos para combatir los carteles internacionales.

Son dignas de especial consideración, en este sentido, las medidas que han establecido otros países, consistentes por ejemplo, en programas de delación o amnistía para quienes denuncien este tipo de carteles.

También es conveniente revisar las sanciones consagradas en la legislación de competencia colombiana³⁶ y analizar la posibilidad de contemplar penas más drásticas, con la capacidad suficiente, para disuadir, a los posibles infractores, para que se abstengan de incurrir en este tipo de prácticas.

36 Las sanciones que, en la actualidad, consagra la legislación colombiana, pueden no ser lo suficientemente disuasivas, para prevenir la actividad de los carteles internacionales. Lo anterior dado el monto de las operaciones y el tamaño de algunas empresas extranjeras que pueden conformar este tipo de carteles. El artículo 4 numeral 15, del decreto 2153 de 1992 dispone que será función del superintendente “Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Asimismo, imponer la sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos”, (bastardilla fuera del

- E. Que se atienda a las necesidades de sectores que tienen necesidades especiales, como por ejemplo, el agrícola, en donde es indispensable, contemplar mecanismos de estabilización.
- F. Finalmente es conveniente, estudiar las modificaciones institucionales y procedimentales que sería necesario incluir, en la legislación nacional, con el fin de permitir el funcionamiento eficaz de los compromisos de *positive comitty* y de cooperación, que en el futuro adquiera Colombia, en el marco de tratados regionales o bilaterales.

texto). La anterior sanción corresponde a un valor de \$664.000.000, lo que equivale a us\$232.465, teniendo como base una tasa representativa de mercado de \$2.856.34.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, dispone:

“Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. Asimismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos”. La anterior sanción corresponde a un valor máximo de \$99.600.000, lo que equivale a us\$34.869, teniendo como base una tasa representativa del mercado de \$2.856.34.

3.3. RECOMENDACIÓN DE LA OCDE, PARA COMBATIR LOS CARTELES INTRÍNECAMENTE NOCIVOS Y PARA EVITAR POTENCIALES CONFLICTOS, EN LA APLICACIÓN DE LEYES DE COMPETENCIA Y MEDIDAS DE POLÍTICA COMERCIAL

3.3.1. RECOMENDACIÓN DE 1998 PARA COMBATIR LOS CARTELES INTRÍNECAMENTE NOCIVOS

Esta recomendación busca promover acciones concertadas, por parte de los gobiernos de los diferentes países, contra los acuerdos de fijación de precios y otras conductas anticompetitivas que resultan de los carteles intrínsecamente nocivos³⁷.

Las sugerencias de la recomendación pueden resumirse en las siguientes:

- Los países deben asegurarse de que sus propias leyes de competencia sean eficaces y efectivas y que incluyan herramientas rigurosas de investigación.
- Las sanciones contempladas para quienes incurran en actividades de cartelización, deben ser supremamente drásticas, así como aquéllas contempladas para quienes se niegan a colaborar con las autoridades de la competencia.
- Los países deben colaborar unos con otros, en combatir los carteles intrínsecamente nocivos. Lo anterior, si se tiene en cuenta que los carteles operan en secreto y que la evidencia necesaria para iniciar los procesos contra un cartel, pueden estar dispersas en un número indeterminado de diferentes países.

Los tipos de cooperación a los que se hace referencia en la recomendación son los siguientes:

37 “Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels.”
25 March of 1998 – C (98)35/final.

- i. *Positive Commit* - Cortesía positiva: los esfuerzos que hacen los países para aplicar su propia ley anticarteles, deben considerar y tener en cuenta los intereses nacionales de los otros países, de tal manera que se incremente la colaboración, en la medida que la misma sea consistente con sus propias leyes y regulaciones.

Desde esta perspectiva, cabe anotar que el *positive commity* no va a tener mayor aplicación en este tema, en los países cuya legislación permita los carteles de exportación, toda vez que para que este principio opere, es necesario que la conducta sea ilegal en el país requerido.

- ii. Información: el otro tipo de cooperación que se resalta en la recomendación, es la posibilidad de compartir documentos e información relevantes, entre las agencias de competencia de cada país. Se anota que, con frecuencia, las autoridades de competencia no están autorizadas para compartir la información recopilada, en las investigaciones, con las autoridades extranjeras. En este sentido, la recomendación reconoce que el hecho de compartir información confidencial, podría requerir el compromiso, por parte de las agencias que intervienen en estos acuerdos, de a su vez, establecer garantías para proteger adecuadamente la información que se comparte.

Si bien la recomendación está dirigida específicamente a las partes que conforman la OCDE, también se invita a los países que no son miembros, a que se adhieran y adopten las recomendaciones de esta decisión.

Debe considerarse que Colombia no es miembro de la OCDE.

3.3.2. RECOMENDACIÓN RELATIVA A POSIBLES ÁREAS DE CONFLICTO ENTRE LAS LEYES DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LAS MEDIDAS DE POLÍTICA COMERCIAL DE OCTUBRE 23 DE 1996

Complementaria a la recomendación comentada, la OCDE sugiere, que cuando sea inevitable, que un país apruebe o autorice carteles de exportación, ese país debe tener en cuenta, en todo caso, el efecto de tales carteles en los mercados foráneos e indica que en cualquier caso, los países deben contemplar mecanismos de notificación y registro de este tipo de carteles.

Sobre el particular, señala la OCDE lo siguiente:

“Cuando un país considere aprobar o exceptuar carteles de exportación o acuerdos para limitar las exportaciones o importaciones o carteles de importación de la aplicación de sus leyes de competencia, el gobierno debe, en la medida de lo posible, dentro de las leyes locales, tomar en consideración el impacto de tales prácticas en la competencia doméstica, así como los mercados foráneos”³⁸.

“...Los gobiernos de los países en donde existan tales carteles de exportación deben, sin perjuicio de la posibilidad de acción de cada gobierno, cooperar dentro de lo que le permitan sus leyes nacionales, con las autoridades de los otros países, en cualquier investigación relativa a los posibles efectos anticompetitivos que hayan surgido como consecuencia de estas prácticas originadas en sus países.

Deberán también reconocer las dificultades jurisdiccionales que de tiempo en tiempo surgen cuando se busca la información en su país desde la países extranjeros o cuando las partes de un acuerdo restrictivo están ubicadas en el exterior...”³⁹.

“Cuando un gobierno evalúe las prácticas restrictivas de empresas dentro de los mercados relevantes, el papel de las importaciones y de las existencia de barreras al comercio deberán ser tenidas en consideración”⁴⁰.

38 Véase “*Recommendation of the council concerning co-operation between member countries on anticompetitive practices affecting international trade*”, literal b), julio 27 de 1995- C(95130/final).

39 Punto 8. Traducción informal del autor.

40 Punto 9. Traducción informal del autor.

A renglón seguido, se indica que los países miembros que no hayan tomado estos aspectos en consideración, debieran de estudiar la posibilidad de exigir un registro, o procedimiento de notificación de los carteles de exportación, así como también para los carteles de importación y los acuerdos para limitar las exportaciones.

En subsidio de lo anterior, la OCDE recomienda establecer procedimientos para obtener más información, acerca de la naturaleza y extensión de este tipo de prácticas.

La recomendación reconoce que las políticas diseñadas que permitan la cooperación interfirmas en el comercio de exportación, pueden estimular los flujos de comercio, y enfatiza que los gobiernos, en general, no deben promover ni patrocinar el ejercicio del poder de mercado, así como la posición dominante en mercados extranjeros, a través de los carteles de exportación.

En suma: Los gobiernos no deben patrocinar la consolidación de poder de mercado, a través de carteles de exportación. Tampoco deben patrocinar otras prácticas restrictivas en los mercados de exportación o de importación, tales como acuerdos para limitar las exportaciones y los carteles de importación que restrinjan la competencia⁴¹.

3.4. INSTRUMENTOS QUE HAN ADOPTADO LAS ECONOMÍAS O PAÍSES DESARROLLADOS PARA COMBATIR LA CARTELIZACIÓN

3.4.1. PROGRAMAS DE DELACIÓN

Teniendo en cuenta que uno de los aspectos que hace posible las actividades de un cartel es el secreto, recientemente los países desarrollados han enfocado su actividad, a establecer métodos tendientes a romper y combatir este factor.

Uno de esos métodos es el denominado “política o programas de delación”, *leniency programmes*, en inglés.

Estos programas buscan incentivar, a los miembros de un cartel, para que confiesen e impliquen a los demás conspiradores, que hacen

41 Véase punto 7. Traducción informal del autor.

parte del mismo, de tal manera que quien delata y confiesa, es una fuente de información de primera mano, es una fuente directa, que puede proporcionar evidencia acerca de las reuniones clandestinas y de las comunicaciones que se han cruzado entre los miembros del cartel para ejecutar la actividad prohibida.

En contraprestación a la delación, la agencia de la competencia puede llegar a acuerdos con el infractor, para aplicar multas o penas mucho más favorables que las que se imponen usualmente a los miembros de un cartel.

En los casos en donde la actividad del cartel tiene una connotación criminal, se pueden lograr sentencias más cortas o incluso, dependiendo de la colaboración, puede ser posible, para el delator, obtener una amnistía total.

Lo que ha motivado la adopción de estos programas, es el razonamiento de que sin ellos, sería totalmente imposible detectar gran parte de los carteles y que los mismos, facilitan y permiten que las investigaciones sobre estos temas sean mucho más eficaces.

Sobre el particular, la OCDE, ha elaborado dos reportes, bastante comprensivos, titulados *Fighting Hardcore Cartels*⁴² y *Second Hardcore Cartels Report*⁴³ que muestran cómo realmente estos programas han dado resultados.

Se ilustra allí como desde el año de 1993, el número de solicitudes, por parte de los miembros de algunos carteles, para acogerse a estos programas, se ha multiplicado en más de veinte por año, lo que ha llevado a adelantar decenas de procesos que han terminado con la aplicación de multas, cuyo monto puede superar el billón de dólares en los EEUU⁴⁴.

42 El Comité de Competencia de la OCDE, adoptó en el año 2001 este reporte, que se enfoca básicamente en estudiar los programas de delación o *leniency programs*, en los países miembros de la OECD, así como en la Comisión Europea que adoptó en febrero de 2002, un nuevo programa de delación.

43 Véase “*Second hard core cartels report*”, OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, JT00142067.03-Apr-2003, CCNM/GF/COMP/TR(2003)7.

44 En este sentido, puede consultarse también STEUER, RICHARD M., “*Editor’s Note: To B2B or Not to B2B?*”, KLAWITER, DONALD C., “*Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience*”, JOSHUA, J.M., “*Leniency in US*

El reporte cita como ejemplo, entre otros, el caso del cartel de las vitaminas, en donde la cooperación de quienes participaron, permitió aplicar multas por más de 750 millones de dólares.

Por otro lado, se menciona cómo países, tan diversos como Polonia, Hungría, Japón, Australia, Corea, Israel, Suiza, México, entre otros, han adoptado programas de delación, entrado en acuerdos de cooperación, adoptando disposiciones especiales, iniciado investigaciones e impuesto severas sanciones, en contra de carteles nacionales e internacionales⁴⁵.

Los programas de delación tienen como característica, el hecho de que quien primero confiesa, obtiene el mejor trato.

La reducción de penas depende, y se gradúa, en razón del estado del proceso, en el cual se produce la confesión.

El reporte hace énfasis en la necesidad de establecer penas bastantes severas, como condición para que un programa de delación sea atractivo.

No de otra forma, el indulto representado por la cooperación y la información, realmente valdrá la pena.

En suma: si las multas no son muy drásticas, el incentivo para cooperar será realmente muy bajo.

Debe aquí anotarse que la colaboración no inmuniza o exime, de ninguna manera, a los responsables de los perjuicios que pudieran causarse a los consumidores, por las prácticas ilícitas.

Por el contrario, en algunos casos los programas de delación, exigen también, la restitución y la indemnización de los daños causados, por la actividad de cartelización.

and EU Cartel Cases”, MOBLEY, SAMANTHA y ARAKISTAIN, MAITENA, “*How the European Commission Sets Cartel Fines*”, GOLDMAN, CALVIN S. y KATZ, MARK, “*International Cartel Cases: A Canadian Perspective*”, AHERN, PATRICK J., “*Handling a Global Price-Fixing Case*”, HENRY, ROXANN E., “*Could an Information Exchange Trigger a \$100 Million Fine?*”, WARNER, MARK, A., “*International Competition Policy After ICPAC: Where Next?, antitrust, Summer 2000*”, published by the section of antitrust Law, American Bar Association.

45 “*Second hard core cartels report*”, OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, JT00142067.03-Apr-2003, CCNM/GF/COMP/TR(2003)7, pág. 10 y sigs., 18 y sigs.

De todas maneras, el programa requiere que el delator realice todos los esfuerzos razonables para restituir o indemnizar los perjuicios, a las partes afectadas.

Independientemente de esta restitución, la delación no protege —como ya se ha dicho— de tener que reparar los perjuicios que se puedan reclamar ante las cortes, entre otras razones, porque las agencias de competencia carecen de los poderes para conferir inmunidad contra las acciones, de este tipo, que se puedan intentar por la vía judicial⁴⁶.

En la Unión Europea el programa de delación provee, de manera expresa, que la cooperación no puede proteger a las firmas infractoras, de las consecuencias que pudieran derivarse de un proceso civil para reclamar la indemnización de los perjuicios⁴⁷.

Lo anterior ha llevado, en la práctica, a que quienes van a actuar como delatores, traten de buscar arreglos privados, con las partes perjudicadas, con el fin de pagar unas compensaciones mucho más bajas, de las que deberían pagar como desenlace de un proceso civil o de indemnización de perjuicios⁴⁸.

3.4.2. POSIBLES EFECTOS DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN EN LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

En relación con este aspecto, el reporte concluye que los acuerdos de cooperación pueden afectar la extensión y naturaleza de la coordinación, entre las diferentes jurisdicciones, en lo que se refiere a los programas de delación⁴⁹.

No obstante, las perspectivas de coordinación y cooperación pueden llevar, según el reporte, a desincentivar la colaboración de los delatores, ante la posibilidad de que la información que se entregue a la

46 Véase “*Fighting hard-core cartels. Harm, effective sanctions and leniency programmes*”, OECD, 2002, pág. 18.

47 Véase. Pág. 20. *Ibid.*

48 Véase pág. 21. *Ibid.*

49 Véase pág. 27. *Ibid.*

autoridad correspondiente, pueda trascender o ser transmitida a otras jurisdicciones.

Por ello, se ha pensado en que la cooperación, entre agencias de competencia, se dirija, básicamente a aprender de los problemas que cada jurisdicción tiene, en relación con la represión de los carteles, y no tanto a compartir las confesiones y las quejas de cada jurisdicción.

Luego aquí realmente, juegan un papel crucial los acuerdos y compromisos de confidencialidad, sobre la información que se entrega a la autoridad de la competencia.

De particular interés es el caso del Reino Unido, en donde las autoridades pueden compartir la información suministrada por el delator, con autoridades de otras jurisdicciones, sin necesidad de que así lo autorice, quien ha decidido acogerse al programa.

De tal manera que las firmas que participan en él, aparentemente, están aceptando que la posibilidad de compartir información con todas las autoridades, pueda llegar a ser realmente inevitable, sobre todo, cuando se trata de confirmar la información que estas partes deladoras han otorgado a la autoridad, a cambio de la inmunidad o del indulto.

3.5. ACCIONES CONTRA LOS CARTELES INTERNACIONALES ANTE LAS CORTES LOCALES, POR PARTE DE CONSUMIDORES EXTRANJEROS

3.5.1. ACCIONES ANTE LAS CORTES DE LOS ESTADOS UNIDOS

Una estrategia alternativa, para los consumidores afectados por la acción del cartel, es demandar a los conspiradores ante sus cortes nacionales.

Las acciones particulares, para obtener este tipo de indemnización de perjuicios están permitidas en cerca de 20 países, incluyendo Argentina, Brasil, Rusia, Eslovaquia y Venezuela.

Sin embargo, los daños que pueden ser recuperados pueden llegar a ser poco significativos, si se comparan con los costos y lo engorroso de los trámites requeridos para demandar a los miembros del cartel, en cualquiera de estos países.

Así, en el caso de los Estados Unidos, uno de los estudios realizados por LEVEN, SUSLOW y OSWALD⁵⁰, que ya ha sido objeto de comentario en el presente artículo, señala que la posibilidad de que los ciudadanos y las empresas extranjeras puedan demandar, ante las cortes de ese país, los perjuicios causados por carteles norteamericanos, son bastante restringidas, debido precisamente a las excepciones establecidas, para los carteles de exportación bajo la ley norteamericana.

Bajo la ley de este país, para que prospere una demanda de este tipo, es necesario determinar si la conducta anticompetitiva afecta el mercado doméstico norteamericano, o si por el contrario, sólo se limita a afectar los mercados externos.

Es decir, que aquí surge de nuevo el tema relativo al territorio, en donde se producen los efectos, sin que sea relevante el lugar donde ocurrió la conducta.

El acceso a los demandantes extranjeros está regido, en los Estados Unidos, por el *Antitrust Improvements Act de 1982*, que impide aplicar las leyes norteamericanas, cuando no ha habido comercio de importación.

En concreto, la sección 6^a de dicha ley establece:

“La *Sherman Act* no se aplicará a las conductas que involucren comercio con las naciones extranjeras al menos que:

1. Tal conducta tenga un efecto directo sustancial y razonablemente predecible:
 - A. En el comercio diferente al que se lleva a cabo con naciones extranjeras o de importación con naciones extranjeras o,
 - B. En el comercio de exportación con naciones extranjeras de una persona involucrada en tal comercio, o en el comercio de los Estados Unidos y,
2. Tal efecto de lugar a un reclamo bajo las provisiones de la Ley Sherman, diferentes a esta sección”⁵¹.

50 LEVENSTEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., “*Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*”, julio 28 de 2003.

51 Traducción informal del autor. El texto original es el siguiente:

Ilustra el estudio en mención, que tradicionalmente las cortes norteamericanas no han visto, con simpatía, los reclamos de los demandantes extranjeros, que surgen de las conductas anticompetitivas dirigidas a sus mercados.

Sin embargo, se advierte que existen dos decisiones recientes, una de marzo de 2002, de la Corte de Apelación del Segundo Circuito, en el caso *Kruman v. Christie's International PLC*⁵² y otra decisión más reciente aun, de enero de 2003, de la US Court of Appeals for the D.C. Circuit, en el caso *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd*⁵³.

El estudio asevera que estas decisiones sugieren, que los mecanismos para que los demandantes extranjeros puedan perseguir indemnización de perjuicios, ante las cortes norteamericanas, por las conductas anticompetitivas de los carteles internacionales, se están ampliando notablemente⁵⁴.

Se señala que con anterioridad al caso *Kruman*, todas las sentencias de las cortes federales, que abordaban este tema, coincidían en afirmar que la *Foreign Trade antitrust Improvements Act* (FTAIA) requería que los demandantes extranjeros que demandaban, bajo la ley *antitrust* norteamericana, demostraran que:

“Section 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless –

(1) such conduct has a direct, substantial and reasonably foreseeable effect –

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States”.

52 Véase 284 F.3d 384 (2d Cir. 2002).

53 Véase 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003).

54 LEVEN STEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., ob. cit., pág. 44.

- La conducta, supuestamente anticompetitiva, tuviera un efecto directo sustancial y razonablemente predecible en el mercado norteamericano.
- Ese efecto anticompetitivo en el mercado norteamericano, fuera lo que diera lugar a los perjuicios reclamados por el demandante.

Es decir, los demandantes extranjeros debían demostrar que sus perjuicios habían sido causados, específicamente, por el efecto anticompetitivo de la conducta del demandado, en el mercado norteamericano, *y no por el efecto anticompetitivo que pudiera tener, la conducta, en el mercado mundial*, aun si ese mercado incluía los Estados Unidos.

La exigencia de estos dos requerimientos o requisitos, efectivamente impedía que muchos de los afectados extranjeros, pudieran demandar ante las cortes norteamericanas, por actividades de cartelización internacional⁵⁵.

Así en el caso de *Ferromin International Trade Corp. vs. UCAR International, Inc.*, por ejemplo, 27 demandantes alegaron que habían sufrido un perjuicio como resultado de los acuerdos de precios o de la fijación de precios y de la distribución de territorios en el mercado mundial, para los electrodos de grafitos, entre 1992 y 1997.

La Corte de distrito desestimó los cargos de 16 demandantes, para lo cual adujo que aunque los actores habían alegado un número de efectos anticompetitivos de los demandados en el mercado norteamericano, resultante de las conductas de ellos, no habían argumentado que sus perjuicios surgieran del efecto, de los mayores precios de los electrodos de grafito, en el mercado norteamericano

55 Para una completa ilustración acerca de la evolución de las tesis de las cortes norteamericanas, en relación con este tema, se recomienda consultar LEAVITT, MELINDA, “*Just How Far Should We Go?, the D.C. Circuit in EmpaAgran S.A. v. Hoffman-LaRoche Further Stretches. Application of the Sherman Act to Forgein Conduct and Adds to the Circuit Split*”, *Private antitrust Litigation News*, Addressing Issues Raised in *antitrust* Litigation, prepared by the *Private antitrust* Litigation Committee of the American Bar Association, section of *antitrust* Law, Spring 2003, págs. 7 a 12.

(por oposición a los precios altos en otros mercados extranjeros). En realidad la Corte encontró que los precios altos pagados por aquellos demandantes extranjeros habían sido causados por los efectos anticompetitivos a mercados extranjeros y no en los Estados Unidos⁵⁶.

La Corte permitió que prosperaran los cargos de los restantes 11 demandantes, debido a que algunos de los electrodos, comprados por esos demandantes fueron facturados en los Estados Unidos.

Se consideró que ello satisfacía el requerimiento causal, en el sentido de que estos demandantes habían sido perjudicados, como resultado de precios altos en el mercado norteamericano.

En la reciente decisión de KRUMAN, el segundo circuito se desvió de los precedentes anteriores, en relación con el significado de la sección 6^a(2) de la FTAIA, lo que abrió la puerta para que se radicaran más demandas por parte de los demandantes o de personas extranjeras.

En este caso, los compradores y vendedores de unas licitaciones extranjeras, alegaron que habían sido gravados con un sobreprecio, y que estos sobrecostos resultaban de una conspiración para fijar los precios, por parte de los demandados.

En primera instancia, las cortes adujeron que los demandantes no satisfacían los requisitos de la FTAIA, debido a que los precios inflados se habían cobrado y pagado en mercados foráneos.

Sin embargo, la Corte del Segundo Circuito revirtió el fallo de la Corte inferior, sobre las bases de que los demandantes habían alegado, que en los Estados Unidos los demandados habían también desarrollado un esquema de fijación de precios, que no era viable, y no podía funcionar, si no existiera el esquema restrictivo llevado a cabo en el extranjero, y que había causado los perjuicios reclamados por los demandantes⁵⁷.

En consecuencia, se adujo que la conducta objeto de estudio podría ser descrita como un acuerdo para fijar precios en ambos mercados, en los extranjeros y en los domésticos de Estados Unidos, lo que significaba que la conducta tuvo claramente un efecto en el mercado

56 LEVEN STEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., ob. cit., pág. 45.

57 LEVEN STEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., ob. cit., pág. 47.

norteamericano, debido a que incluía una conducta dirigida también a este mercado⁵⁸.

Así fue entonces, que la Corte, en el caso de Kruman, sostuvo que los demandantes extranjeros necesitan, únicamente, demostrar que los efectos domésticos de una conspiración internacional:

- Violan la *Sherman Act* y que, en consecuencia,
- No es necesario demostrar que estos efectos son los fundamentos del perjuicio, es decir, que no deben demostrar que los perjuicios sufridos, son consecuencia de los efectos, producidos por la conducta ilegal, en el mercado doméstico norteamericano.

Es aquí donde está la novedad del fallo.

En suma: a los demandantes les basta demostrar que las conductas tuvieron efecto en el mercado de los EEUU, pero no importa si el perjuicio sufrido, se debe a los efectos producidos, en ese mercado, o en el extranjero⁵⁹.

La Corte sostuvo que la conducta, podía ser objeto de acción, no sólo si ésta causaba un perjuicio al comercio doméstico, a través de un efecto anticompetitivo, sino también si ella podía llevar a producir actos anticompetitivos dirigidos al mercado norteamericano⁶⁰.

La decisión de la *Second Circuit*, en el caso Kruman, cambió la tesis sostenida, por las cortes hasta ese entonces, bajo la FTAIA.

Pero no sería la única decisión en este sentido, pues en enero de 2003 la *US Court of Appeals for the DC Circuit* expidió la sentencia en el caso *Empagran S.A. vs. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*⁶¹.

Al igual que en el caso Kruman, la Corte sostuvo, que la FTAIA permitía que los demandantes extranjeros impetraran demandas en las cortes norteamericanas, cuando esos demandantes fueran perjudicados

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 Véase 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003).

por conductas anticompetitivas, que tuvieran efectos en el mercado extranjero, sobre las bases que dicha conducta también afectara el comercio doméstico.

Así, los demandantes habían intentado una acción de clase, en representación de los compradores domésticos y extranjeros de vitaminas, alegando que las compañías demandantes habían manufacturado y distribuido vitaminas y productos vitamínicos, a través de una conspiración de largo plazo para fijar precios y distribuir participaciones de mercado.

La Quinta Corte del Circuito, argumentó que desestimar la demanda de los productores extranjeros, perjudicados por una conspiración global, debido al simple hecho de que el perjuicio no había sido ocasionado, por los efectos que la conducta tuvo en los Estados Unidos, implicaba un obstáculo para combatir las conspiraciones globales que afectarían y perjudicarían el comercio norteamericano⁶².

Según los autores del estudio, es probable que los litigios referidos, terminen ante la *US Supreme Court*, en espera de una última decisión.

3.5.2. PERSPECTIVAS DE ESTOS FALLOS PARA COLOMBIA

Las conclusiones de estos fallos son de particular interés, en una época en donde Colombia, está negociando un acuerdo bilateral con los Estados Unidos.

En este sentido, reviste especial importancia la observación del estudio, según la cual, si los mercados exteriores, en donde se producen los efectos están económicamente integrados con los mercados de Estados Unidos, debe concluirse que el daño hecho al mercado norteamericano puede, en todo o en parte, ser la causa económica del perjuicio ocasionado al demandante.

Es indiferente si una parte o no de la transacción fue originada o se llevó a cabo en el suelo norteamericano, para estos efectos.

En consecuencia, el test para determinar si las cortes de los Estados Unidos asumen la jurisdicción, es el test relativo al grado o extensión

62 LEVEN STEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., ob. cit., pág.49.

de la integración de los mercados de las partes involucradas con Estados Unidos⁶³.

4. EXCLUSIONES Y EXCEPCIONES A LA LEY DE LA COMPETENCIA

El asunto de las exclusiones, tiene que ver con ciertos sectores especiales, como por ejemplo, la banca, la seguridad nacional y otros temas de vital importancia para el Interés público o económico de los países, que requieren cierta flexibilidad en relación con la aplicación de las leyes de competencia.

En estos casos, la aplicación estricta de las normas antimonopolio, podría entrar en conflicto con otros objetivos de especial Interés, concernientes a la política económica, social o de otra índole de un país.

Así por ejemplo, el artículo 65 de la Constitución Política, establece como función del Estado colombiano, la de garantizar la producción de alimentos y la de proteger la agricultura, de los ciclos económicos, es decir, la de estabilizar el sector agrícola.

Este aspecto cobra especial importancia en el contexto de cualquier acuerdo que involucre el *positive comity*, toda vez que se pueden presentar serias disparidades con funestas consecuencias, para aquellos países que no contemplen las exclusiones, que sus necesidades públicas exigen.

Lo anterior, porque como ya se ha afirmado, el *positive comity* supone la aplicación de la ley del país requerido, de tal manera que si éste no ha exceptuado o no ha contemplado un tratamiento especial para ciertos sectores, es muy probable que se rompa el equilibrio y las condiciones de igualdad con la competencia foránea.

Así por ejemplo, si los carteles de exportación están excluidos de la ley norteamericana, pero no existe igual exclusión en la ley colombiana, es factible que en el evento de celebrarse un acuerdo con Estados Unidos, ese país pueda requerir a la autoridad colombiana, disolver o

63 LEVEN STEIN, MARGARET; SUSLOW, VALERIE; OSWALD, LINDA J., ob. cit., pág. 50.

reprimir un cartel de exportación cuya actividad afecte a sus consumidores, pero en cambio, Colombia no podría, con posibilidad de éxito, realizar requerimiento similar a los Estados Unidos, en la medida en que ese país podría alegar que su legislación contempla una exclusión expresa de la figura en cuestión.

En este sentido, vale la pena citar el proyecto de artículo que se está discutiendo en el marco del ALCA, en relación con el tema.

El texto del articulado propuesto es el siguiente:

“1.5. Cualquier exclusión o excepción [o autorización] de la cobertura de las normas de competencia nacionales o subregionales deberá ser transparente y [debería] ser revisada periódicamente por la parte o entidad subregional para evaluar si son necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política.

[Alternativa A

[En un plazo de seis meses luego de la entrada en vigor del presente acuerdo, las partes deberán notificar cualquier exclusión o excepción [o autorización] al comité previsto en el artículo 3. Posteriormente, las partes deberán notificar a la brevedad al comité cualquier exclusión o excepción [o autorización] nueva o modificada significativamente].

[Alternativa B

[Las exclusiones o excepciones [o autorizaciones] de cada parte se encuentran listadas en el anexo X de este capítulo. Futuras exclusiones o excepciones [o autorizaciones] de cada parte serán notificadas anualmente al comité previsto en el artículo 3. Si una parte adopta exclusiones o excepciones [o autorizaciones], sea por sector o por tipo de empresa, no podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias del ALCA por disputas referidas a cuestiones de competencia cubiertas por este capítulo respecto a los sectores o empresas excluidos o exceptuados [o autorizados] en su legislación nacional o subregional.

[1.6 Cada parte [asegurará] [procurará] que las exclusiones o excepciones [o autorizaciones] a que se refiere el párrafo anterior no produzcan efectos anticompetitivos, de manera directa o indirecta, en mercados fuera del territorio de la parte que lo excluyó, exceptuó [o autorizó].

[Asimismo, cada parte [asegurará] [procurará] que las exclusiones o excepciones [o autorizaciones] no sean discriminatorios en su territorio, afectando los intereses de otras partes]⁶⁴.

La ausencia de exclusiones o excepciones, en relación con ciertos sectores especiales, podría llevar a deteriorar el ambiente de los acuerdos de cooperación o a impedir los objetivos de las políticas de los estados, de conformidad con sus intereses nacionales.

Dentro de los sectores excluidos por algunos países, podemos mencionar la agricultura, la seguridad o defensa nacional, las negociaciones laborales colectivas, el transporte, el crédito, banca y seguros, las actividades de transmisión deportiva, las telecomunicaciones, los servicios de salud pública, las profesiones liberales, las cooperativas y la energía, entre otros⁶⁵.

Desde esta perspectiva, se impone la necesidad de que, paralelamente a las negociaciones que está adelantando Colombia, se definan los sectores que ameritan un trato especial o una excepción, en relación con la aplicación de las leyes de competencia.

5. EL TEMA RELATIVO A LAS COMERCIALIZADORAS INTERNACIONALES Y A LOS ESQUEMAS DE EXPORTACIÓN DE LAS PYME

Las PYME constituyen uno de los típicos sectores, excluidos de la ley de competencia, en la mayoría de los países.

De tal manera que uno de los interrogantes que plantea el escenario de las negociaciones comerciales internacionales, así como el de los acuerdos de cooperación, en el caso de Colombia, es el relativo a la sobrevivencia de las comercializadoras internacionales y el esquema de exportación de las PYME.

64 Versión 24 de junio de 2003.

65 Véase *OECD Joint Global Forum on Trade and Competition / Coverage of Competition Laws: Illustrative Examples of Exclusions*, abril 30 de 2003.

Bien es sabido que en muchas ocasiones, las empresas de los países en vías de desarrollo no tienen una oferta exportable suficiente, que justifique el mantener una infraestructura de exportación o que les permita comercializar sus productos eficientemente en los mercados externos.

Por otro lado el conocimiento especializado de los mercados externos y la logística que requiere la promoción de las exportaciones, no permite que todas las empresas puedan llegar, por sí mismas a esos mercados.

Se hace entonces indispensable acudir a las comercializadoras internacionales para canalizar la oferta exportable, de una manera eficiente, que a su vez le permita a los productores domésticos, aprovechar las economías de escala en los servicios y operaciones de comercialización internacional.

Con estos propósitos el gobierno nacional expidió el decreto 1740 del 3 de agosto de 1994, modificado por el decreto 093 del 20 de enero de 2003, que define las comercializadoras internacionales, de la siguiente manera:

“Son aquellas sociedades nacionales o mixtas que tengan por objeto la comercialización y venta de productos colombianos en el exterior, adquiridos en el mercado interno *o fabricados por productores socios de las mismas*, con inscripción vigente en el Registro de Comercializadoras Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior”⁶⁶ (bastardilla fuera de texto).

Toda vez que las comercializadoras internacionales, en la mayoría de las veces, se establecen para canalizar las exportaciones de un sector, las mismas están conformadas, por lo general, por socios que son productores de un mismo bien. De ahí que exista la inquietud de que las exportaciones realizadas por este tipo de empresas, puedan ser cuestionadas o controvertidas, en los mercados externos, por considerar que se trata de exportaciones realizadas por carteles de exportación.

Lo mismo ocurre con los acuerdos de colaboración, que en algunos casos deben celebrar, las PYME, con el fin de lograr algunas economías de escala, que les permita competir con firmas de mucho mayor tamaño.

66 Artículo 1º.

Ante la ausencia de una ley internacional o de un acuerdo, al que pertenezca Colombia, en relación con estas materias, el asunto queda a lo que disponga la legislación y a la interpretación, que de la misma, realicen las autoridades de cada país en los mercados de exportación.

Igualmente el asunto genera grandes inquietudes, en relación con los tratados que en el momento está negociando Colombia, pues si se asume en ellos, el compromiso del *positive comitty*, Colombia podría verse avocada a aplicar su legislación de competencia, a solicitud de los países con los cuales concluya estos tratados, independientemente, de si los efectos de las comercializadoras se producen en el mercado colombiano, o en los mercados externos.

Así las cosas, la primera inquietud que surge, en relación con este tema, es si al no existir ninguna excepción, en la ley de competencia colombiana, como sí existe en los Estados Unidos y en el Canadá, los otros países podrían requerir a las autoridades colombianas, el desmonte de estos mecanismos.

¿Es entonces, la legislación actualmente vigente, la adecuada para entrar en este tipo de acuerdos o es menester introducir algunas modificaciones?

¿Existe alguna alternativa que pueda plantear el Gobierno colombiano, en los acuerdos que se están negociando, en la actualidad?

Si legislaciones como las de Estados Unidos y Canadá permiten y apoyan los carteles de exportación, ¿podrían competir con ellos las empresas colombianas, en sus tradicionales mercados de exportación, en el evento de que no pudieran acudir a la figura de las comercializadoras internacionales?

Es claro que por el momento no existe ninguna respuesta a estos interrogantes.

Es evidente también, que el gobierno debe desarrollar una estrategia de negociación que le permita salvaguardar, esta figura y que complementariamente, debe elaborar un inventario de las modificaciones que es menester introducir, a la ley colombiana, para quedar en pie de igualdad con quienes va a celebrar los respectivos acuerdos.

Es posible que muchas de las respuestas, a los interrogantes anteriores, así como algunas pautas de negociación, puedan encontrarse en el camino ya recorrido por otros países y legislaciones.

Por ello, y con ese ánimo, es que se estudiará, seguidamente, el tratamiento que del tema se ha hecho en algunas legislaciones.

Para estos efectos, se asume, dado lo incipiente de su oferta exportable, que gran parte de las comercializadoras internacionales colombianas, así como las PYME, carecen de posición de dominio en los mercados de exportación, como es el caso por ejemplo, de los mercados de Canadá, Estados Unidos o Europa.

De ahí que cualquier acuerdo bilateral, que pretenda celebrar Colombia, con algunos de estos países, debería considerar los siguientes razonamientos.

5.1. POSIBILIDAD DE EXCEPCIONES PARA ACUERDOS DE COOPERACIÓN DE PYME, BAJO LA LEY ALEMANA

La ley de este país permite los acuerdos de cooperación, celebrados entre medianas y pequeñas compañías, como una excepción a la prohibición general de los carteles, sobre la base de la idea de la igualdad estructural.

Un reporte elaborado por el Comité de Competencia de la OCDE⁶⁷, concluye que el objetivo de esta excepción es favorecer a las PYME, y darles las ventajas competitivas que las grandes empresas poseen, simplemente debido a su tamaño.

En consecuencia, se trata de mejorar las condiciones estructurales de la competencia, para que esas firmas puedan competir, en condiciones más iguales con aquéllas de mayor tamaño⁶⁸.

67 Véase “*General cartel bans: criteria for exemption for small and medium-sized enterprises*”, Organization for Economic Cooperation and Development. Committee on Competition Law and Policy, París, April 1996, OCDE/GD(97)53. Este acápite se ha desarrollado con base en las conclusiones de este documento.

68 El reporte menciona que la existencia de pequeñas y medianas empresas, es no sólo una garantía, sino además, una parte esencial de todo sistema de economía de mercado, en la medida en que estas empresas llevan a incrementar la competencia y contribuyen a que exista una variedad de alternativa y de escogencia, de bienes y servicios. Véase pág. 6.

La cooperación, entre estas compañías debe facilitarse, sobre las bases, de que la sobre vivencia de las mismas, es con frecuencia amenazada, por los cambios estructurales, lo que se agudiza por las prácticas anticompetitivas y los abusos de posición dominante en el mercado, por parte de las firmas de mayor envergadura⁶⁹.

Dado el tamaño y la participación que tienen, las empresas y los exportadores colombianos, en los mercados externos, estas reflexiones llevan a pensar, que hacia el futuro, será necesario, fortalecer el tamaño y capacidad de las empresas y de los exportadores colombianos, si realmente se pretende, que aquéllos sobrevivan en un mercado globalizado.

Ello supone, necesariamente que la legislación colombiana de competencia, debe adecuarse a esta realidad y que en las negociaciones comerciales con Estados Unidos, Canadá, Brasil, y de ser el caso, la Unión Europea, entre otras, se han de adelantar sobre el supuesto, de que nuestras empresas no son más que pequeñas y medianas firmas, en esos mercados.

Ahora bien, de conformidad con el reporte, de la OCDE, la ley alemana distingue básicamente las siguientes excepciones a la prohibición de los carteles.

5.1.1. LOS CARTELES CON EFECTOS DE *MINIMIS*⁷⁰

En virtud de esta excepción, las acciones concertadas entre PYME competidoras, no pueden ser atacadas, ni denunciadas con éxito, si las mismas tienen efectos insignificantes en el mercado.

Para estos propósitos, el acuerdo de cooperación debe llevar a promover la eficiencia interempresarial, es decir que como resultado de la coordinación de funciones entre las empresas, debe producirse una mejora en la eficiencia.

69 Véase pág. 8.

70 pág. 11.

Además, hay restricciones que consisten en que únicamente pueden participar en ese acuerdo, un pequeño número de empresas, económicamente y legalmente independientes.

De cualquier manera, la participación total en el mercado de las empresas que conforman el acuerdo, no debe exceder de un 5%.

Los acuerdos sobre precios, cuotas y distribución territorial no están considerados como acuerdos que promuevan la eficiencia, luego no pueden beneficiarse de la excepción.

5.1.2. PEQUEÑOS CARTELES DE NEGOCIOS⁷¹

Bajo esta excepción, se permite que las PYME celebren acuerdos obligatorios, cuyo objeto sea la racionalización de las actividades económicas.

Esta excepción es diferente a la contemplada para los acuerdos de especialización, para los cuales existe una provisión separada.

El reporte señala que el límite entre los acuerdos de cooperación que son admisibles y los que no lo son, es decir aquellos que son objetables, puede únicamente establecerse caso por caso.

Los acuerdos pueden cubrir todas las formas de cooperación intercompañías, incluyendo acuerdos de producción, investigación y desarrollo, acuerdos financieros, acuerdos de administración, publicidad, compra y distribución.

Se deja en claro, en el documento, que los acuerdos de cooperación que no estén dirigidos, de manera principal, a la promoción de la eficiencia y que en cambio tengan por objeto, eliminar básicamente la competencia, como por ejemplo simples acuerdos de fijación de precios, no están cobijados por la excepción⁷².

A *contrario sensu*, acuerdos típicos, que están en principio permitidos, son los que se consideran, contribuyen a mejorar sustancialmente la eficiencia de las empresas participantes.

71 pág. 12.

72 pág. 11.

Ejemplo de estos acuerdos son aquellos que se celebran para incrementar la oferta, para mejorar la calidad, para aumentar el rango de productos, para acortar los períodos de entrega, o los que tengan que ver con acuerdos de compra o de venta, los dirigidos a reducir los costos de flete o a reducir los costos de publicidad.

Se ilustra que en Alemania, las principales formas de cooperación que se han utilizado hasta el momento, se traducen en el conocido contrato de agencias de venta, que es considerado como la vía más fácil de alcanzar economías de escala, independientemente del tamaño de las plantas.

También se señalan, como de particular importancia, los acuerdos o las asociaciones de compra.

Se anota, sin embargo, que todos los acuerdos de esta naturaleza, están sujetos a la supervisión, por parte de la agencia de competencia alemana, para evitar abusos.

El documento aclara que algunas veces, se permite la participación en estos acuerdos, de grandes compañías que celebran acuerdos de cooperación con las PYME. En tales casos, es requisito indispensable demostrar que el acuerdo lleva un incremento en la eficiencia de las PYME y que este incremento únicamente puede producirse si participa la compañía de gran tamaño.

5.1.3. ACUERDOS O ASOCIACIONES DE COMPRA⁷³

Estos acuerdos se permiten si las partes del mismo no tienen la obligación de comprar, a través de la asociación, es decir, si la competencia, en el mercado relevante, no está sustancialmente reprimida por el acuerdo y si el mismo sirve para promover la competitividad de las PYME.

Aquí el propósito, radica en obtener precios y condiciones de compra, tan favorables como aquellas que obtendrían las grandes compañías.

73 pág. 12.

Se trata de racionalizar los costos de compra, de quienes participan en el acuerdo.

El estudio deja en claro, sin embargo, que en este caso no se puede imponer la obligación a los miembros, de comprar a través de la asociación, es decir que los miembros deben tener la libertad de escoger, de todas formas, sus proveedores.

No importa que en la práctica todos los miembros compren a través de la asociación.

Lo sustancial, para que pueda existir esta excepción, es que no exista la obligación por parte de los miembros, de comprar a través de la asociación.

El fundamento para permitir entonces estos acuerdos, es el supuesto de que las PYME no estarían en capacidad de competir con las grandes compañías y con las compañías que se benefician de economía de escala, si no cuentan con un amplio rango de servicios ofrecidos por una administración central⁷⁴.

5.2. EXCEPCIONES EN LA UNIÓN EUROPEA⁷⁵

Las normas de competencia de la Unión Europea no prevén excepciones explícitas para las PYME.

Sin embargo, el artículo 85.1 del tratado prevé que aquellos acuerdos cuyos efectos en la competencia o en el comercio entre países miembros sean insignificantes, no están cobijados por la prohibición general del artículo 85.1 del tratado.

Sobre el particular, la Unión Europea contiene una comunicación expedida por la comisión, sobre los acuerdos de *minimis*, en virtud de la cual se establece los acuerdos entre empresas, cuyo volumen total no exceda los 300 millones de euros y que en conjunto su participación del mercado no supere el 5%, constituyen acuerdos de *minimis* o de importancia significativa.

74 Págs. 11 a 13.

75 Pág. 13 y 14.

5.3. EXCEPCIONES EN ESTADOS UNIDOS⁷⁶

La norma fundamental es la *Small Business Act*, en virtud de la cual los acuerdos celebrados entre las PYME, donde cada una de ellas pertenezcan a partes independientes y que no tenga posición dominante en su esfera de actividad, pueden ser exceptuadas de las leyes *antitrust*.

En la práctica y según el informe, se ha hecho muy poco uso de esta excepción⁷⁷.

Llama, sin embargo la atención, los objetivos de la política que se han señalado en el estatuto referido, los que pueden deducirse de la sección §2. (b) (1, según la cual la política que debe ejecutarse a través del *Small Business Administration*, entre otros aspectos,

*“debe apoyar y asistir a los pequeños negocios, tal como están definidos en la presente ley, a incrementar su capacidad para competir en los mercados internacionales mediante: (A) Un incremento de su capacidad exportadora, (B) Facilitando las transferencias de tecnología. (C) Incrementando su capacidad para competir eficiente y efectivamente contra las importaciones”*⁷⁸ (bastardilla fuera del texto).

Otras leyes como las del Japón excluyen por completo de las leyes antimonopolio, aquellas firmas cuyo capital no exceda los 100 millones de yenes y su número de empleados no exceda de 300 personas.

El informe de la OCDE, sobre las pequeñas y medianas industrias concluyen lo siguiente:

1. El supuesto fundamental sobre el cual está basada la excepción para las PYME de la aplicación de las leyes de competencia, para

76 *Ibid.*

77 Pág. 14.

78 Traducción informal del autor. El texto original es el siguiente: “(b) (1 It is the declared policy of the Congress that the Federal Government, through the Small Business Administration, acting in cooperation with the Department of Commerce and other relevant State and Federal agencies, should aid and assist small businesses, as defined under this Act, to increase their ability to compete in international markets by — (A) Enhancing their ability to export; (B) facilitating technology transfers; (C) enhancing their ability to compete effectively and efficiently against imports”.

este tipo de acuerdos, es que sin ellos las PYME estarían en imposibilidad total de competir con las grandes firmas.

2. Los siguientes aspectos deben tenerse en cuenta antes de conceder la excepción a este tipo de acuerdos:
 - a) Los acuerdos deben permitir a las PYME mejorar o llevar a cabo economías de escala, sin necesidad de cambiar el tamaño de las plantas. En este sentido, una alternativa menos favorable sería las fusiones o las integraciones, en la medida en que este tipo de figuras puede llevar a que desaparezcan firmas en el mercado, así como también puede llevar a que se pierda la libertad de acción y de tomas de decisiones.
 - b) Los acuerdos de cooperación pueden no llevar a mejorar la eficiencia, pero en este caso, es necesario que el acuerdo contribuya a proteger la estructura del mercado y los tamaños de la firma.

6. PROBABLE DESENLACE DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES

En principio, y como ya lo hemos expuesto en diversos apartes de este artículo, se parte de la premisa de que ningún acuerdo de libre comercio puede ser eficaz, si no va acompañado de unas normas de competencia que garanticen que las ganancias en la liberalización comercial no se van a ver anuladas, menoscabadas o erosionadas por barreras reproducidas por los particulares mediante conductas privadas, restrictivas de la competencia.

Los trabajos realizados en el campo multilateral, han sido desarrollados básicamente por la Organization for Economic Cooperation and Development, OECD, más que por la OMC.

La OCDE tiene un comité de leyes y políticas de competencia, que ha expedido un sin número de recomendaciones, algunas de las cuales han sido objeto de mención y comentario en el presente artículo⁷⁹.

En el marco de la OMC hasta el momento no existe un escenario regulatorio, que permita reprimir las conductas restrictivas de carácter particular o, por lo menos, no de manera directa.

En las últimas ruedas de negociaciones, el tema ha sido incluido como un asunto por negociar y por desarrollar.

Desde esta perspectiva ya se habla, por ejemplo de las medidas de comercio relacionadas con las medidas *antitrust*, es decir, *Trade related aspects of antitrust measures (TRAMS)*.

Por otra parte, en la conferencia ministerial de Singapur, se dispuso la creación de un grupo de trabajo cuya misión era estudiar la interacción entre el comercio y la política de competencia. Este grupo debía incluir dentro de su ámbito de estudio, las prácticas anticompetitivas, con el fin de identificar las áreas que pudieran ameritar una mayor consideración, dentro del ámbito de la OMC⁸⁰.

Lo cierto es que en este contexto, existen posiciones encontradas en torno a la posibilidad de negociar un código plurilateral, en materia de competencia.

Algunos signatarios como la Unión Europea, abogan por el desarrollo de un marco multilateral de política de competencia, mientras que otros, como Estados Unidos, propenden por la cooperación regional o bilateral en esta materia.

Además, existe la inquietud por parte de algunos países en vías de desarrollo, en el sentido de que un marco multilateral, podría llevar a obstaculizar sus políticas industriales.

También hay quienes temen, que la negociación de un código multilateral lleve a un trasplante, sin beneficio de inventario, de las normas de los países desarrollados, sin considerar las realidades y necesidades

79 Véase www.oecd.org/findDocument0,2350,en_2649_37463_1_1_1_1_37463_00.html, visitada el día 30 de septiembre de 2003.

80 Véase página 20 de la *Declaración Ministerial de Singapur – 1996*.

de las economías en vías de desarrollo y sin evaluar si ellos poseen o no la infraestructura para aplicar este tipo de leyes.

Ante las inquietudes anteriores, el informe anual del año 2003, elaborado por el grupo de trabajo sobre la interacción entre el comercio y la política de competencia de la OMC, ha manifestado que la armonización de las legislaciones nacionales, no es un objetivo del marco multilateral, ni de los trabajos del comité⁸¹.

Lo que se prevé, finalmente, es que el tema de la competencia tiene su potencial de desarrollo, no tanto en las negociaciones multilaterales, sino en el ámbito de las relaciones y de los acuerdos comerciales bilaterales.

7. CONCLUSIONES

La globalización impone un replanteamiento de las políticas de competencia, para todos los países, en general y, para las economías en desarrollo, de manera particular.

Es claro que la apertura de la economía implica, no sólo nuevas e importantes oportunidades, sino también significativas amenazas, sobre todo en lo relativo a las prácticas restrictivas de la competencia y, en concreto, al tema concerniente a los carteles internacionales.

De ahí que las consideraciones en torno de este nuevo escenario, que se han realizado en el presente artículo, nos llevan a concluir la necesidad de que las autoridades de competencia, de los países en desarrollo y en especial de Colombia, estén atentas a la manera como las prácticas restrictivas transfronterizas pueden afectar sus mercados domésticos y de exportación.

Desde la perspectiva anotada, las autoridades bien podrían comenzar esta actividad ejecutando las siguientes acciones:

1. Realizar un inventario de los carteles internacionales que han sido objeto de investigación, en países como Estados Unidos, Europa,

81 *Informe (2003) del grupo de trabajo sobre la interacción entre comercio y política de competencia al consejo general, WT/WGTCF/7, (03-3836), 17 de julio de 2003.*

México, Brasil y Canadá, entre otros países, para determinar si esos carteles han también tenido algún impacto en su mercado doméstico.

2. En este sentido sería útil establecer un monitoreo para determinar:

- Si existen importaciones provenientes de los principales carteles internacionales investigados.
- A qué países exportan esos carteles.
- Qué peligros se avecinan en el futuro.

Con base en lo anterior se ha de diseñar también una estrategia de negociación en los acuerdos comerciales, en aras de proveer posibles mecanismos de salvaguardia y otras medias de defensa para contrarrestar estas prácticas nocivas.

3. Estudiar la posibilidad de acoger algunas de las recomendaciones de la OCDE, para neutralizar, reprimir y prevenir la actividad de los carteles internacionales, de importación y de exportación, así como para hacer frente a otras prácticas restrictivas de la competencia.

- a. Determinar con que países podría ser atractivo concluir acuerdos de intercambio de información y de *positive commity*, Unión Europea, Estados Unidos, etc. No importa que con estos países no existan aún acuerdos comerciales vigentes.
- b. Analizar la conveniencia de adoptar programas de delación y de entrar en acuerdos de cooperación, con base en estos programas, con otros países.
- c. Determinar las modificaciones que sería pertinente introducir a la ley doméstica, para sacar verdadero provecho de los acuerdos de cooperación y de *positive commity* y negociar un trato “de *minimis*”, en los acuerdos sobre el tema, para las comercializadoras internacionales, que no tengan una posición dominante en los mercados de exportación, y para las PYME.

- d. En este sentido es también conveniente analizar las posibles reformas institucionales, que sería preciso introducir para poder cumplir con los requerimientos del *positive commity* y de la cooperación internacional.
- e. Finalmente es imprescindible determinar, de manera rigurosa, aquellos sectores que ameritan ser excluidos de la aplicación ley de competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNINI, GIORGIO, *Treinta años de derecho comunitario*, capítulo III: Las reglas de la competencia, Comisión de las Comunidades Europeas. Perspectivas Europeas, pág. 349.
- Canadian Competition Act*.
- Caso de la fusión Boeing y McDonald Douglas* en el año 1995.
- Disposiciones sobre los carteles intrínsecamente nocivos*, nota de antecedentes preparada por la Secretaría de la OMC.
- Decreto 2153 de 1992*.
- Declaración Ministerial de Singapur* – 1996.
- Fighting hard-core cartels. Harm, effective sanctions and leniency programmers*, OECD, 2002.
- “*General cartel bans: criteria for exemption for small and medium-sized enterprises*”, Organization for Economic Cooperation and Development, Committee on Competition Law and Policy, Paris, April 1996, OCDE/GD(97)53.
- GUZMÁN, ANDREW, “*Is international antitrust possible?*”, *New York University Law Review*, number 5, vol 73, November 1998.
- Informe del grupo de trabajo sobre la intracción entre el comercio y la política de competencia al consejo general*, 2003.
- KIRIAZIS, GOERGIOS, *Competition Policy Newsletter “Timber lane Lumber Vs. Bank of America”*, 1998, Number 3, October.
- La política de competencia en el mercado único*, documentación europea, marzo de 1989.
- LEVENSTEIN, MARGARET C.; SUSLOW, VALERIE, y otros, “*International Price – Fixing Cartels and Developing Countries: A discussion of effect and*

- Policy Remedies*”, February 3, 2003, PERI Working Paper Number 53, William Davidson Institute *Working Paper Number 538*.
- LEVENSTEIN, MARGARET C.; SUSLOW, VALERIE, y otros, “*Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*”, julio 28 de 2003, Véase también <http://CUTS.org/pulling.pdf>
- NEALE A.D., *The antitrust Laws of the Unites States of America*, a Study of Competition Enforced by Law, Cambridge University, London, third edition.
- Provisions on hardcore cartels, Working Group on Interaction between Trade and Competition Policy*, Background note by the secretariat. WT/WGTCP/w/19120, June 2002.
- Proyecto del acuerdo ALCA, Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Chile y EEUU, capítulo XVI.
- Recomendación del consejo de la OCDE sobre medidas eficaces contra los carteles intrínsecamente nocivos, adoptada por el Consejo en su 921 reunión celebrada el 25 de marzo de 1998 [C/M(98)7/PROV].
- RITTER W. LENNART; BRAUN DAVID, y otros, *EEC competition law*, Kluwer.
- “*Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*”, 25 March of 1998 – C (98)35/final.
- “*Report of the oecd committee on competition law and policy/making international markets more efficient through*” “*Positive comity*” in *competition law enforcement/DAFFE/CLP (99) 19*.
- “*Recommendation of the council concerning cooperation between member countries on anticompetitive practices affecting international trade*”, julio 27 de 1995, C (95)130/final).
- R.S., 1985, c. 19 (2nd supp.), s. 19, Canadian Competition Act.
- “*Second hard core cartels report*”, OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, JT00142067. 03-APR-2003. CCNM/GF/COMP/TR (2003) 7.
- “*Second hard core cartels report*”, OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, JT00142067, 03-Apr-2003. CCNM/GF/COMP/TR(2003) 7.
- Sherman act*.
- STEUER, RICHARD M., “*Editor’s Note: To B2B or Not to B2B?*”, KLAWITER, DONALD C., “*Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience*”, JOSHUA, J.M., “*Leniency in US. and EU Cartel Cases*”, MOBLEY, SAMANTHA y ARAKISTAIN, MAITENA, “*How the European Commission Sets Cartel Fines*”, GOLDMAN, CALVIN S. y KATZ, MARK “*International Cartel Cases: a Canadian Perspective*”, AHERN, PATRICK J., “*Handling a Global Price-Fixing Case*”, HENRY, ROXANN E., “*Could*

an Information Exchange Trigger a \$100 Million Fine?”, WARNER, MARK, A., “*International Competition Policy After ICPC: Where Next?, antitrust, Summer 2000*”, published by the section of *antitrust Law*, American Bar Association.

TD/RBP/CONF/10/REV.1, New York, 1981.

Treinta años del derecho comunitario, Comisión de las Comunidades Europeas Perspectivas Europeas, CECA-CEE-CEEA, Bruselas. 1984.

WHISH RICHARD, *Competition Law*, Butterworths, third edition.