

# POSIBLES MODELOS PARA LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO\*

Miquel Montaña i Mora \*

Sumario: I. CUESTIÓN PREVIA: ¿DEBERÍA REGULAR LA COMPETENCIA LA OMC? II. PRINCIPALES ÁREAS EN LAS QUE SE MANIFIESTA LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA CÓMPETENCIA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL. III. POSIBLES MODELOS NORMATIVOS. IV. POSIBLES FOROS DONDE ABORDAR LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA CON INCIDENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL V. LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA OMC. VI. CONCLUSIÓN: LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA UE, ¿LECCIONES PARA LA OMC?

## I. CUESTIÓN PREVIA: ¿DEBERÍA REGULAR LA COMPETENCIA LA OMC?

Las distorsiones provocadas por la ausencia de una regulación armonizada del derecho de la competencia a nivel internacional han llevado a la Organización Mundial del Comercio (en adelante, la "OMC")<sup>1</sup> a incluir esta materia dentro de

---

\* Este artículo será publicado en el libro editado por Antonio Remiro Brotóns y Carlos Espósito, *La OMC y el regionalismo europeo*, Madrid, 2001 (en prensa).

\*Socio de Clifford Chance Barcelona. Profesor de la Facultad de Derecho de ESADE. LL.M. Harvard (Laylin Prize).

© Miquel Montaña i Mora. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> En relación con la Organización Mundial del Comercio puede consultarse ALONSO, J.A., "Del GATT a la OMC: la Nueva Ordenación del Comercio Internacional", en *Meridiano Ceri*, Núm. 2, Marzo de 1995, p. 21 ss; BUHOUR, C., *El Comercio Internacional, del GATT a la OMC*, Ed. Salvat-Le Monde, 1996; CARDERERA SOLER, L., "La Organización Mundial del Comercio", en *Boletín ICE-Económico*, Núm. Extraordinario, 1994, p. 11 ss; CASTILLO URRUTIA, J.A., "Del GATT a la OMC", en *Boletín ICE-Económico*, Núm. Extraordinario, 1994, p. 5 ss; DEMARET, P., "The Metamorphoses of GATT: from the Havana Charter to the World Trade Organization," *Journal of World Trade*, Vol. 34, 1995, Núm. 1, p. 123 ss; DIAZ MIER, M.A., *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996; MANGAS MARTIN, A., "Otras Organizaciones Universales de Fines Específicos," en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, 9ª ed., Madrid, 1995; MARCEAU, G., "The Transition from GATT to WTO: a Most Pragmatic Operation," en *Journal of World Trade*, Vol. 29, Num. 3, 1995, p. 147 ss; MONTAÑA i MORA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997; NEHME, C., *Le GATT, l'OMC et les grands accords commerciaux mondiaux vers l'Organisation Mondiale de Commerce*, Les Editions d'Organisation, París, 1993; RASMUSSEN, H., "L'Organisation Mondiale du Commerce et ses Instruments Législatifs et Jurisdictionnels", *Revue du Marché Unique Européen*, Vol. 4, 1994, p. 185 ss; REMIRO BROTONS, A., "Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el Reino de la

su ámbito de actuación. Lejos de presentar un interés meramente académico, la cuestión reviste una gran importancia práctica, de lo cual dan fe los artículos publicados en los medios de comunicación.<sup>2</sup>

Antes de preguntarnos si los trabajos de la Unión Europea (en adelante, la "UE") en materia de derecho de la competencia pueden constituir una lección para la OMC, tal como sugiere el título de la presente Mesa Redonda ("La Regulación de la Competencia en la UE: ¿Lecciones para la OMC?"), cabe formular con carácter previo la pregunta de si realmente es conveniente que la OMC se aventure en este terreno, la cual no constituye una cuestión baladí. En este sentido, y a los efectos de invitar a reflexionar sobre la cuestión planteada, podríamos añadir las siguientes preguntas: ¿Tendría sentido que se obligara a todos los miembros de la OMC a dotarse de leyes en materia de defensa de la competencia?<sup>3</sup> ¿Qué tipo de "principios comunes" se establecerían? ¿No sería mejor empezar por revisar las normas restrictivas de la competencia de los acuerdos actuales? ¿No estamos ante un enfoque contrario a la cultura de la OMC?

## **II. PRINCIPALES ÁREAS EN LAS QUE SE MANIFIESTA LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA CÓMPETENCIA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.<sup>4</sup>**

A la hora de defender la necesidad de una regulación multilateral de esta materia, suele destacarse la interacción que existe entre el derecho de la competencia y el comercio internacional, en particular, en las siguientes cuatro áreas: (a) acceso a los mercados para las importaciones; (b) ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros; (c) inversión extranjera; y (d) derechos de propiedad intelectual.<sup>5</sup>

### **A. Acceso a los mercados para las importaciones:**

---

OMC," en *ain GJCE*, D-26, 1996, p. 7 ss; SHELL, G.R., "Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization," en *Duke Law Journal*, Vol. 44, 1995-5, p. 829 ss; TITA, A., "A Challenge for the World Trade Organization-Towards a True Transnational Law", en *Journal of World Trade*, Vol. 29, 1995, p. 83 ss.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, "The Borders of Competition. Trustbusters are crossing swords over global mergers. Would multilateral rules ease their conflicts?", en *The Economist*, July 4<sup>th</sup>. 1998, p. 75.

<sup>3</sup> Pensemos en Andorra, por ejemplo. En previsión de que este Estado sea admitido como miembro de la OMC, aprobó una Ley de Marcas y creó una flamante Oficina de Marcas, todo ello al objeto de cumplir con las obligaciones derivadas del Acuerdo ADPIC. Pues bien, tras realizar todo este esfuerzo el Estado andorrano se encuentra con el problema de que son muy pocas las empresas que solicitan el registro de sus marcas en el Principado de Andorra, muchas menos de las que se había previsto. Este ejemplo nos invita a preguntarnos si en este tipo de Estados una Ley de Defensa de la Competencia no caería en un problema de desuso similar.

<sup>4</sup> Este apartado se ha tomado de MONTAÑA MORA, M., "La OMC y el Derecho de la Competencia" en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, abril-mayo 1999, Núm. 200, p. 68-73.

<sup>5</sup> Esta clasificación se ha tomado del Informe Anual de la OMC relativo al año 1997 y concretamente, de su capítulo 4, titulado "Special Study on Trade and Competition Policy." Véase *WTO Annual Report for 1997*, Ginebra, 1997.

Destacan en primer lugar las restricciones verticales, esto es, medidas que ligan a diversas empresas nacionales en las fases sucesivas de la cadena de distribución, haciendo más difícil la entrada de competidores extranjeros. Este tipo de medidas pueden dificultar gravemente la introducción de los productos importados en los mercados nacionales, tal como puso de relieve la controversia entre los Estados Unidos y Japón relativa a la comercialización de carretes y papel de película importados en Japón (la llamada "guerra Kodak-Fuji").<sup>6</sup> Dentro de este grupo de medidas se englobarían, por ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva, las ventas condicionadas a la compra de otros productos del mismo fabricante, los descuentos por fidelidad que desincentivan la distribución de productos de otros fabricantes e incluso los boicots de distribución.<sup>7</sup>

Resulta necesario destacar que en los acuerdos de la OMC no existe actualmente ninguna disposición que imponga a los Estados Miembros la obligación de adoptar medidas contra este tipo de prácticas.<sup>8</sup> Ello no fue obstáculo para que el día 13 de junio de 1996 los Estados Unidos presentara una reclamación contra Japón ante la OMC por considerar que las leyes, reglamentos y medidas relativas a la comercialización de carretes y papel de película importada eran discriminatorias, afectaban negativamente a los canales de distribución y limitaban la competencia en precios. La reclamación se fundamentó en la supuesta violación de los artículos III (cláusula de trato nacional) y X (obligación de transparencia) del GATT y en la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del artículo XXIII del GATT, si bien posteriormente se amplió a otros aspectos. Tras la evacuación de consultas y la tramitación del correspondiente procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, "OSD") de la OMC,<sup>9</sup> el día 20 de marzo de 1998 se emitió el informe por el que se desestimaba la reclamación estadounidense. Se da la circunstancia de que los Estados Unidos, acaso con poca fe en las posibilidades de éxito de la reclamación, no apeló la resolución del OSD ante el Órgano de Apelaciones de la OMC.

Abundando en el análisis desde la perspectiva del acceso a los mercados para las importaciones, un segundo grupo de prácticas restrictivas susceptibles de provocar distorsiones en el comercio internacional son los carteles de importadores y medidas similares, como por ejemplo, los boicots a competidores extranjeros.<sup>10</sup> Salvo en los supuestos más evidentes de fijación de precios, división de mercados o reparto de clientes, los cuales normalmente están prohibidos por los derechos nacionales,<sup>11</sup> el resto de prácticas suelen someterse a análisis que pueden responder a lógicas distintas dependiendo del país de que se trate, ya que

---

<sup>6</sup> Véase FOX, E.M. & ORDOVER, J.A., "The Harmonization of Competition and Trade Law," *op. cit.*, p. 20 ss.

<sup>7</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>9</sup> En relación al procedimiento de solución de diferencias de la OMC puede consultarse MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT. Una Nueva Era en la Solución de Diferencias Comerciales*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

<sup>10</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>11</sup> *Ibid.*

ésta es una de las áreas en que la utilización del derecho de la competencia como instrumento de política industrial cobra mayor intensidad.

Por su parte, en los acuerdos de la OMC no es posible encontrar disposiciones que regulen específicamente este tipo de prácticas. En consecuencia, las posibilidades de actuación en estos supuestos quedan básicamente limitadas a la evacuación de consultas al amparo de la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas, sobre la cual volveremos más adelante, las disposiciones del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios ("GATS")<sup>12</sup> y del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ("TRIPS")<sup>13</sup> relativas a la cooperación en la aplicación del derecho de la competencia, las cláusulas de nación más favorecida (artículo I) y trato nacional (artículo III) del GATT, la obligación de transparencia (artículo X) y las disposiciones sobre anulación y menoscabo de ventajas comerciales del artículo XXIII.<sup>14</sup>

Respecto a otras prácticas con indudable incidencia sobre el acceso a los mercados, puede mencionarse también a los monopolios y empresas estatales o con privilegios exclusivos o especiales.<sup>15</sup> En el campo del comercio internacional, se han detectado tres tipos de problemas relativos al acceso a los mercados en relación a este tipo de empresas. Los primeros hacen referencia al acceso a los mercados de bienes o servicios que son objeto del monopolio, ya sea en el sector servicios (por ejemplos, los servicios básicos de telecomunicaciones) o en otros sectores; los segundos se refieren a la posibilidad de que los proveedores de bienes o servicios extranjeros suministren el mercado nacional cuando el acceso al mismo hace necesaria la utilización de infraestructuras que son objeto del monopolio; el tercer grupo de problemas ha surgido en relación al acceso a los mercados para determinados insumos como los equipos de capital, en la producción de bienes y servicios por parte de una empresa dominante, siendo los ejemplos clásicos los equipos de telecomunicaciones.<sup>16</sup>

En contraste con lo que ocurre con las prácticas mencionadas más arriba, los monopolios y las prácticas de las empresas estatales han sido objeto de atención específica desde la creación del GATT, cuyo artículo XVII se titulaba justamente "Empresas comerciales del Estado." No obstante, hay que decir que dicho artículo establecía poco más que una obligación de no discriminación<sup>17</sup>, transparencia y un

---

<sup>12</sup> Sobre el comercio de servicios véase LÓPEZ ESCUDERO, M., *El Comercio Internacional de Servicios después de la Ronda Uruguay*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>13</sup> En relación con el Acuerdo TRIPS puede consultarse MONTAÑA MORA, M., "La Aplicación del Acuerdo TRIPS del GATT en el Ordenamiento Jurídico Español: Algunas Reflexiones a Contracorriente," en *GJCE*, Boletín-116, septiembre de 1996, p. 5 ss.

<sup>14</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997*, op. cit., p. 30.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> De acuerdo con el artículo XVII, 1 (a) del GATT de 1947, "Cada Parte Contratante se compromete a que, si funda o mantiene una empresa del Estado, en cualquier sitio que sea, o si concede a una empresa, de hecho o de derecho, privilegios exclusivos o especiales, dicha empresa se ajuste, en sus compras o ventas que entrañen importaciones o exportaciones, al principio

pactum de negociando destinado a intentar reducir los efectos restrictivos de este tipo de empresas sobre el comercio internacional.<sup>18</sup> Andando el tiempo, las distorsiones provocadas por esta clase de prácticas fueron objeto de negociaciones específicas, las cuales dieron ya algunos frutos en los acuerdos de la Ronda Uruguay. Así, por ejemplo, al objeto de mejorar el control de este tipo de prácticas, durante la Ronda Uruguay se aprobó un Entendimiento sobre la interpretación del artículo XVII del GATT. De mayor significación son los acuerdos alcanzados en el sector Servicios, en que no sólo se incluyeron los principios tradicionales de trato nacional y no discriminación, sino también compromisos específicos de acceso a los mercados.<sup>19</sup>

Generalmente, también se plantean problemas de acceso a los mercados en aquellos supuestos en que dicho acceso hace necesaria la utilización de infraestructuras controladas por un monopolio o empresa dominante, lo cual es habitual en sectores como las telecomunicaciones, la electricidad o los transportes. En los acuerdos de la Ronda Uruguay se abordaron algunos de los problemas más habituales en este campo, como los relativos a la interconexión. Así, por ejemplo, el Anexo sobre Telecomunicaciones del GATS establece que cada Miembro de la OMC ha de asegurar que la información relativa a las condiciones de acceso y utilización de las redes de transporte de telecomunicaciones estatales sea pública y que dicho acceso o utilización sea proporcionado en condiciones no discriminatorias.

Otro de los campos problemáticos ha sido tradicionalmente el relativo a las compras de determinados insumos como por ejemplo, equipos de telecomunicaciones, transporte o de generación de energía por parte de monopolios o empresas estatales.<sup>20</sup> A este respecto, la realización más destacable de la OMC es sin duda el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública,<sup>21</sup> el cual, además del principio general de no discriminación, establece procedimientos específicos a los que habrán de ajustarse los concursos públicos en relación a un amplio abanico de empresas públicas en sectores como el agua, la electricidad, los

---

general de no discriminación prescrito en el presente Acuerdo para las medidas de carácter legislativo o administrativo concernientes a las importaciones o a las exportaciones efectuadas por comerciantes privados."

<sup>18</sup> El artículo XVII:3 del GATT de 1947 decía lo siguiente: "Las Partes Contratantes reconocen que las empresas de la naturaleza de las definidas en el apartado a) del párrafo 1 de este artículo podrían ser utilizadas de tal manera que obstaculizaran considerablemente el comercio; por esta razón es importante, con el fin de favorecer el desarrollo del comercio internacional, entablar negociaciones a base de reciprocidad y de ventajas mutuas para limitar o reducir esos obstáculos."

<sup>19</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997, op. cit.*, p. 31.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>21</sup> Los acuerdos "plurilaterales" sólo se aplican a los Miembros de la OMC que sean signatarios de los mismos, a diferencia de los acuerdos "multilaterales," los cuales son de aplicación a todos los Miembros de la OMC por el mero hecho de ser parte en el Acuerdo por el que se establece la OMC. Tal como ha observado el profesor Remiro Brotóns, "las normas generales del Derecho de los Tratados no distinguen entre acuerdos *multilaterales* y *plurilaterales* (aunque, en cierto momento la CDI, que preparó su codificación, lo consideró), por lo que bien cabe decir que la OMC ha acuñado, para sus fines, una distinción particular sobre el criterio de discrecionalidad de las partes para consentir en obligarse." REMIRO BROTONS, A., "Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el Reino de la OMC," *op. cit.*, p. 16.

transportes urbanos, los puertos y los aeropuertos.<sup>22</sup> Si bien es cierto que el limitado número de Miembros signatarios, junto al hecho de que el Acuerdo no se aplique a todo tipo de compras ha reducido en buena medida el efecto liberalizador que se pretendía, no es menos cierto que el Acuerdo constituye un buen punto de partida sobre el que construir futuras medidas liberalizadoras de alcance más general. Por lo demás, no hay que perder de vista que son signatarios del Acuerdo los actores más destacados del comercio internacional, por lo que la limitada participación de los demás Miembros de la OMC en el mismo no debería ser sobrevalorada.

## **B. Ejercicio del poder de mercado en mercados extranjeros:**

Quedarían englobadas dentro de esta categoría un conjunto de prácticas que tienen como común denominador el producir sus efectos fundamentalmente en mercados de terceros países, entre las que pueden mencionarse a título de ejemplo los carteles de exportación, los carteles internacionales, las concentraciones y abusos de posición dominante con efectos en múltiples jurisdicciones y la aplicación de precios predatorios en mercados extranjeros.<sup>23</sup>

Una de las prácticas más problemáticas son los carteles de exportación, los cuales presentan el problema de que en la medida en que sólo produzcan efectos fuera de la jurisdicción del Estado de exportación, pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia de dicho Estado. Además, por lo general la persecución de este tipo de prácticas no suele figurar entre las prioridades de las autoridades del Estado de exportación.<sup>24</sup> De hecho, en ocasiones estas prácticas son incluso fomentadas por la Administración como instrumento de política industrial.<sup>25</sup> Por otra parte, desde la perspectiva de las autoridades de los Estados donde dichas prácticas producen sus efectos, el principal problema suele ser la obtención de pruebas sobre la existencia del cartel y las prácticas en cuestión.

En los acuerdos de la OMC no existe ninguna obligación específica de actuar contra este tipo de medidas. La única vía de actuación sería solicitar consultas al amparo de la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas o al amparo de las disposiciones de los acuerdos GATS o TRIPS, en los casos en que resulten de aplicación, e invocar la cláusula de nación más favorecida, no así la de trato nacional, la cual es de aplicación a las importaciones pero no a las exportaciones.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997, op. cit.*, p. 34.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>24</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, los carteles de exportación pueden quedar exentos de la aplicación de las normas anti-trust. Véase NICOLAIDES, P., "For a World Competition Authority. The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocs in Internationalizing Competition Policy," en *Journal of World Trade*, Vol. 30-4, 1996, p. 132.

<sup>25</sup> Véase MATTO, A. & SUBRAMANIAN, A., "Multilateral Rules on Competition Policy," *op. cit.*, p. 106.

<sup>26</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997, op. cit.*, p. 36.

En ocasiones, se producen otros tipos de abusos en el ejercicio del poder de mercado que producen efectos en varios países y pueden exigir la intervención de las autoridades de varias jurisdicciones. Este es el caso de los carteles internacionales,<sup>27</sup> de determinadas alianzas estratégicas, de las concentraciones y del abuso de una posición dominante en el mercado mundial, aspectos sobre los que se han dado varios ejemplos bien conocidos en años recientes. En relación a los carteles internacionales el ejemplo más conocido en nuestro entorno ha sido sin duda el relativo al asunto de la "pasta de papel," al haber producido sus efectos en el mercado comunitario.<sup>28</sup> Por lo que hace referencia a los abusos de posición dominante,<sup>29</sup> el caso más conocido es sin duda el de "Microsoft," empresa que ya en 1994 fue objeto de una investigación conjunta por parte de las autoridades comunitarias y estadounidenses, la cual constituyó el primer supuesto de cooperación al amparo del Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos y la Comisión de las Comunidades Europeas de 1991 relativo a la Aplicación de sus Leyes de Competencia, al cual se hará referencia más adelante. En relación a las concentraciones, puede citarse la fusión entre "Gillette" y "Wilkinson," la cual fue revisada por las autoridades en materia de derecho de la competencia de catorce jurisdicciones diferentes.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Véase FOX, E.M. & ORDOVER, J.A., "The Harmonization of Competition and Trade Law," *op. cit.*, p. 18.

<sup>28</sup> Como se recordará, en el llamado "asunto de la pasta de papel" varios fabricantes de pasta de papel de Canadá, Estados Unidos y de los países escandinavos acordarán la fijación de precios comunes para las exportaciones destinadas al mercado comunitario, práctica que fue considerada contraria al artículo 85 del Tratado de Roma por la Comisión, siendo dicha conclusión confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el campo de los carteles internacionales pueden citarse también los siguientes ejemplos: (a) El "asunto del ácido cítrico:" En el año 1997 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos inició una investigación contra un cartel internacional de empresas, la mayoría de las cuales estaban situadas fuera de los Estados Unidos, por haberse repartido el mercado mundial y haber acordado precios, lo cual dio lugar a la imposición de cuantiosas multas; (b) El "asunto del papel de fax térmico:" Este asunto dio lugar a una investigación conjunta de las autoridades canadienses y estadounidenses contra un cartel internacional por fijación de precios y culminó en la imposición de cuantiosas multas; (c) El "asunto de los diamantes industriales:" En el año 1994 las autoridades estadounidenses iniciaron una investigación contra "The De Beers Group" y "General Electric Co.", las cuales acumulaban aproximadamente el 80-90 % de la producción mundial de diamantes industriales, por fijación de precios, si bien el asunto fue archivado. Véase *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>29</sup> FOX, E.M. & ORDOVER, J.A., "The Harmonization of Competition and Trade Law," *op. cit.*, p. 25 ss.

<sup>30</sup> Otros ejemplos conocidos son el asunto "Boeing-McDonnell Douglas" y el asunto "DeHavilland." El primero dio lugar a una investigación paralela de las autoridades estadounidenses y comunitarias, dándose la circunstancia de que durante mucho tiempo la "Federal Trade Commission" y la Comisión mantuvieron tesis muy divergentes sobre la conveniencia de autorizar la fusión, lo cual no ha de sorprender, teniendo en cuenta las implicaciones de la fusión para el consorcio "Airbus." Nuevamente ello pone de manifiesto la tensión existente entre el derecho de la competencia y determinados instrumentos de política industrial. Véase SCHAUB, A., "International Co-operation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD proceedings," en *Competition Policy Newsletter*, 1998, Núm. 1, p. 2 ss.

Otro ejemplo de las dificultades con que topará cualquier intento de armonizar criterios en este campo lo encontramos en el asunto "DeHavilland." En este caso, la adquisición del fabricante de

Mención a parte merecen otras prácticas como la aplicación de precios predatorios o discriminatorios en terceros mercados. Al margen de la dificultad que comporta la inexistencia de normas en los acuerdos de la OMC que regulen estos supuestos desde la perspectiva del derecho de la competencia, la respuesta que se dé a estas prácticas por parte de las autoridades nacionales puede entrar en colisión con las disposiciones de los acuerdos de la OMC en materia de derechos "anti-dumping," ya que el derecho de la competencia y el derecho "anti-dumping" responden a lógicas económicas diferentes.

### C. Inversión extranjera:

Posiblemente, el derecho de la competencia puede ser un instrumento que facilite la liberalización de la inversión extranjera, en la medida en que tiende a promover el juego de la libre competencia y reducir las barreras a la entrada en todo tipo de mercados. No obstante, tal como puso de manifiesto el asunto relativo a la fusión entre "Gillette" y "Wilkinson," al que ya se ha hecho referencia, en ocasiones el coste económico y administrativo a que pueden dar lugar el tener que seguir numerosos procedimientos paralelos en diversas jurisdicciones puede tener ciertamente un efecto disuasorio para los inversores extranjeros. En ocasiones las autoridades encargadas de aplicar el derecho de la competencia en países poco industrializados pueden estar tentados en hacer una aplicación laxa de dicha normativa justamente al objeto de evitar dicho efecto disuasorio.

En la actualidad, la preocupación por la interacción existente entre el derecho de la competencia y la inversión extranjera se encuentra ya presente en varios acuerdos de la OMC, destacando el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (más conocido por el "Acuerdo TRIMS"), cuyo artículo 9 establece que a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de la OMC (es decir, antes del 1 de enero del año 2000), "el Consejo del Comercio de Mercancías estudiará si el Acuerdo debe complementarse con disposiciones relativas a la política en materia de inversiones y competencia."<sup>31</sup> Otras normas relevantes son el artículo II del GATS y el artículo 4 del Acuerdo TRIPS, los cuales establecen el trato de nación más favorecida en las áreas cubiertas por los mismos, así como los artículos 3 del Acuerdo TRIPS y XVII del GATS (en el supuesto de que se hayan adquirido compromisos específicos), los cuales establecen la obligación de trato nacional.<sup>32</sup>

---

aviones canadiense "DeHavilland" por parte de las empresas "Alenia" (Italia) y "Aérospatiale" (Francia) fue vetada por la Comisión, a pesar de que la operación había sido autorizada por el "Competition Bureau" del Canadá, jurisdicción donde hubiera tenido lugar la adquisición. Véase *WTO Annual Report for 1997, op. cit.*, p. 39; TREBILCOCK, M.J., "Competition Policy and Trade Policy," *op. cit.*, p. 101; MATTOO, A. & SUBRAMANIAN, A., "Multilateral Rules on Competition Policy," *op. cit.*, p. 105; FOX, E.M. & ORDOVER, J.A., "The Harmonization of Competition and Trade Law," *op. cit.*, p. 27.

<sup>31</sup> De hecho, en la Declaración Ministerial de Singapur de diciembre 1996 se acordó crear un Grupo de Trabajo para estudiar la relación entre Comercio e Inversión.

<sup>32</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997, op. cit.*, p. 44.

#### **D. Derechos de propiedad intelectual:**

Resulta obvio afirmar que los derechos de propiedad intelectual, por su propia naturaleza, implican una restricción de la competencia, en la medida en que otorgan unos determinados derechos de exclusiva a sus titulares. La cuestión que plantean desde la perspectiva del comercio internacional es el de delimitar qué tipo de prácticas quedan justificadas por la propia naturaleza del derecho y qué prácticas constituyen una utilización abusiva del mismo.<sup>33</sup>

Dar una respuesta a dicha cuestión basada en los acuerdos de la OMC no es posible. Los mencionados acuerdos no establecen los criterios en base a los cuales las autoridades nacionales habrán de delimitar el alcance de dichos derechos, si bien el Acuerdo TRIPS contiene algunas normas relevantes en este campo. Así, el artículo 8.2, englobado dentro de la parte primera del Acuerdo, dedicada a establecer los principios básicos, establece que "podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología." De manera más concreta, el artículo 40, el cual integra la Sección 8ª de la parte II del Acuerdo, titulada "Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales," establece que ninguna disposición del Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual con efectos negativos sobre la competencia. Además, establece un procedimiento en virtud del cual cualquier Miembro podrá solicitar consultas con otro Miembro cuando el primero tenga motivos para considerar que un titular de derechos de propiedad intelectual nacional del segundo o domiciliado en él realiza prácticas anticompetitivas, estando dicho Miembro obligado a cooperar con el primero y facilitarle la información públicamente disponible y no confidencial que sea pertinente.

La problemática expuesta ha constituido el caldo de cultivo en el que han germinado distintas iniciativas puestas en marcha en diversos foros, todas ellas encaminadas, en mayor o menor medida, a reducir los efectos que las prácticas restrictivas producen en el comercio internacional. Por lo que hace referencia a la OMC, la pregunta que hemos formulado al principio de la introducción "*¿Debería regular la competencia la OMC?*", ha recibido respuestas de signo diverso por parte de los Estados Miembros.

---

<sup>33</sup> Un ejemplo comúnmente citado de ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual es el del asunto "Pilkington," en el que el Departamento de Justicia de Estados Unidos inició una investigación contra Pilkington PLC, de nacionalidad británica, y su filial estadounidense, alegando que a través de un sistema de licencias de patentes habían restringido la entrada de otros competidores estadounidenses en los mercados mundiales. Véase TREBILCOCK, M.J., "Competition and Trade Policy," *op. cit.*, p. 98 ss; WTO, *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 44; MATTOO, A. & SUBRAMANIAN, A., "Multilateral Rules on Competition Policy," *op. cit.*, p. 105.

En primer lugar, brilla con luz propia la delegación de los Estados Unidos, la cual se muestra reacia a adquirir compromisos en materia de competencia dentro de la OMC. En concreto, Joel Klein, US Assistant Attorney-General for Antitrust, ha dejado bien claro que la aplicación unilateral de las normativas nacionales, complementada con acuerdos de cooperación bilaterales, es preferible a reglas multilaterales sobre competencia en el seno de la OMC, si bien en el seno de la administración estadounidense parece haber opiniones encontradas al respecto.

En segundo lugar tenemos a algunos países en vías de desarrollo, los cuales han expresado ciertas reservas sobre la conveniencia de entablar negociaciones en materia de derecho de la competencia, movidos por el temor de que ello sea difícil de reconciliar con sus necesidades de desarrollo. No obstante, otros parecen considerar necesario entablar negociaciones en esta materia.

En tercer lugar y en el polo opuesto, encontramos a la Unión Europea, principal valedora de la creación del "Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia" de la OMC, cuyos trabajos analizaremos sucintamente más adelante. Dicho Grupo de Trabajo fue creado por la Conferencia Ministerial de Singapur en diciembre de 1996, como consecuencia de una iniciativa conjunta de los comisarios Sir Leo Brittain y Karel van Miert, quienes en junio de 1996 presentaron una comunicación conjunta al Consejo en este sentido. Sus planteamientos han sido vistos con buenos ojos por otras delegaciones, como por ejemplo, Japón y Corea.

Por último, destaca la postura de Hong Kong, que defiende la necesidad de poner sobre la mesa de negociaciones todas las medidas gubernamentales o privadas que restrinjan o distorsionen directa o indirectamente la competencia. Ello supondría incluir en las negociaciones aspectos como los derechos anti-dumping o las medidas de salvaguarda, lo cual equivaldría a abrir la caja de Pandora.

### **III. POSIBLES MODELOS NORMATIVOS**

A la hora de encauzar los trabajos destinados a someter las prácticas restrictivas de la competencia a una normativa multilateral, se han sugerido diversos modelos, los cuales serán objeto de un breve comentario a continuación. Ordenados desde la perspectiva de su decreciente efecto armonizador, tendríamos las siguientes categorías:

#### **A. Derecho uniforme:**

Se trata del modelo más ambicioso y completo, lo cual seguramente explica que sea el menos utilizado en la práctica. Un ejemplo de este modelo lo encontraríamos en el capítulo V de la Carta de la Habana, el cual estaba destinado a crear un derecho de la competencia uniforme entre los miembros de la non nata Organización Internacional del Comercio.

Por ejemplo, la Carta de la Habana prohibía específicamente las seis prácticas siguientes: (a) la fijación de precios, términos o condiciones a observar al tratar con terceros en relación a la compra, venta o arrendamiento de cualquier producto; (b) la exclusión de empresas, o la asignación o división de cualquier mercado territorial o sector de actividad comercial, o la asignación de clientes, o la fijación de cuotas de venta o cuotas de compra; (c) la discriminación contra empresas determinadas; (d) la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción; (e) evitar mediante acuerdo el desarrollo o aplicación de tecnología o invenciones patentadas o no patentadas; y (f) extender la utilización de derechos al amparo de patentes, marcas o derechos de propiedad intelectual concedidos por cualquier Miembro a aspectos que, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, no entran dentro del ámbito de dichas concesiones, o a productos o condiciones de producción, utilización o venta que del mismo modo no son objeto de dichas concesiones.

A nivel regional, un claro ejemplo de este modelo lo constituyen los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma y los Reglamentos que los han desarrollado.

## **B. Derecho armonizado**

En este modelo, el resultado que se persigue no es tanto el establecimiento de un derecho uniforme como la armonización de las legislaciones nacionales en una determinada materia. A nivel comunitario, el vehículo de expresión de este modelo es obviamente la Directiva. Un buen ejemplo sería la Directiva núm. 89/104 CE del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1988 sobre armonización de la legislación de los Estados miembros en materia de marcas.

## **C. Estándares mínimos**

En lugar de perseguir la armonización de las legislaciones nacionales, este modelo se limita a establecer unos estándares mínimos que constituyen el mínimo común denominador que han de cumplir todos los Estados parte. Como ejemplo de este modelo se han citado el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883 y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886.

El Convenio de la Unión de París, por ejemplo, prevé, entre otros, el principio de trato nacional y el llamado principio unionista, en virtud del cual se permite ser parte en versiones sucesivas del Convenio al objeto de permitir una cierta flexibilidad y facilitar la asunción progresiva de compromisos. Lógicamente, ello tiene como corolario la ausencia de la cláusula de nación más favorecida.

Dentro del marco normativo de la OMC, un buen ejemplo de este modelo lo encontramos en el Acuerdo ADPIC o TRIPS, cuyo principal objetivo es justamente establecer unos estándares mínimos a los que han de ajustarse todos

los miembros de la OMC, entre los que se incluyen el principio de trato nacional, el principio de trato de nación más favorecida y el principio de transparencia.

Este es también el modelo al que respondía un proyecto de Código Antitrust presentado por un grupo de profesores alemanes en 1993 con la sugerencia de que formara parte de los "acuerdos plurilaterales" de la OMC. En 1995 un grupo de expertos nombrados por la Comisión presentó un informe que respondía a la misma lógica, en cuyas conclusiones se recomendaba también la incorporación de un "acuerdo plurilateral" sobre competencia al Acuerdo de la OMC.

#### **D. Derecho de Cooperación (consultas y asistencia mutua):**

Este modelo se caracterizaría por la puesta en marcha de simples mecanismos de cooperación, consultas y asistencia mutua en la aplicación de las leyes nacionales en materia de competencia, renunciando al más mínimo intento de armonización o fijación de estándares comunes. Como se verá más adelante, existen numerosos tratados bilaterales y regionales en materia de derecho de la competencia que responden a este modelo.

#### **E. Conflicto de leyes:**

En ausencia de tratados u otros instrumentos que tengan por efecto establecer un derecho uniforme, armonizar las legislaciones nacionales o establecer estándares mínimos, la actuación contra una determinada práctica restrictiva dependerá de lo que establezca el derecho que resulte aplicable en virtud de las normas sobre conflicto de leyes aplicables a cada supuesto de hecho. Teniendo en cuenta que los actos contrarios al derecho de la competencia suelen ser considerados como un supuesto de responsabilidad extracontractual, el nexo entre el acto en cuestión y el derecho nacional aplicable vendrá generalmente determinado por el lugar de realización del acto ("*forum delicti commissi*").

Obviamente, cuando el Estado donde se haya producido el acto en cuestión carezca de una legislación de defensa de la competencia, el mencionado comportamiento quedará impune, dejando a salvo los supuestos de aplicación extraterritorial del derecho de la competencia, de los que encontramos ejemplos tanto por parte de los Estados Unidos como por parte de la Comunidad.

### **IV. POSIBLES FOROS DONDE ABORDAR LA PROBLEMÁTICA DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA CON INCIDENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**

Teniendo en cuenta los efectos perniciosos que las mencionadas prácticas provocan en el comercio internacional, no es de extrañar que a lo largo de los años hayan visto la luz en diversos foros multilaterales varias iniciativas encaminadas a promover la cooperación de las autoridades nacionales a la hora de hacer frente a este tipo de prácticas.<sup>34</sup> Al margen de los trabajos desarrollados en el seno del mismo GATT y más tarde en el seno de la OMC, a los que se dedicará una

---

<sup>34</sup> MONTAÑA MORA, M., "La OMC y el Derecho de la Competencia", *op. cit.* p. 73-76.

atención específica más adelante, merece la pena destacar las siguientes iniciativas:

## **A. UNCTAD**

Nacidas en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo ("UNCTAD") en la década de los setenta, las primeras iniciativas de la ONU en este ámbito dieron su fruto a finales de dicha década, con la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas y la aprobación de un código de buena conducta posteriormente aprobado mediante una Resolución de la Asamblea General de la ONU (en adelante, "el Código").<sup>35</sup> El Código define "prácticas comerciales restrictivas" como los actos o comportamientos de empresas que, mediante un abuso o la adquisición y abuso de una posición dominante de poder de mercado, limitan el acceso a los mercados o restringen la competencia de otro modo, causando o siendo probable que causen efectos adversos en el comercio internacional, particularmente en el de los países en vías de desarrollo, y en el desarrollo económico de dichos países, o los que a través de acuerdos o arreglos formales, informales, escritos o no escritos, entre empresas, tengan el mismo impacto.

Interesa destacar que dentro de los principios generales recogidos en el Código, se establece la necesidad de adoptar medidas apropiadas a nivel nacional, regional e internacional para eliminar o tratar de manera efectiva las prácticas comerciales restrictivas, incluyendo las de las empresas transnacionales, que afectan adversamente el comercio internacional. Además, el documento establece un conjunto de normas hortatorias en las que se exhorta a las empresas a no realizar prácticas que limiten el acceso a los mercados o restrinjan de otro modo la competencia, mediante prácticas como los acuerdos de fijación de precios, las ofertas colusorias, los acuerdos de reparto de mercados o clientes, la asignación de cuotas de ventas o producción, las negativas de venta concertadas, etc. Asimismo, el Código exhorta a las empresas a abstenerse de otras prácticas como los abusos de posición de dominio, los precios predatorios, las condiciones de venta discriminatorias, etc.

Sin duda, la crítica fácil que puede hacerse al Código es que en virtud de la forma jurídica elegida para su aprobación no tiene carácter obligatorio.<sup>36</sup> Siendo ello cierto, no hay que desmerecer su significación ya que además de hacer aflorar la importancia de la cuestión en el foro multilateral por excelencia, el de la ONU, tuvo el mérito de constituir durante mucho tiempo la declaración internacional más detallada en materia de prácticas comerciales restrictivas.<sup>37</sup> Por lo demás, en el marco de los principios establecidos por el Código se han venido celebrando reuniones de expertos en el seno de la UNCTAD, cuyos trabajos han facilitado las

---

<sup>35</sup> U.N. Doc. TD/RBP/10 (1980).

<sup>36</sup> Además, Trebilcock ha escrito que en la práctica el impacto del Código ha sido negligible. TREBILCOCK, M.J., "Competition and Trade Policy," *op. cit.*, p. 89.

<sup>37</sup> JACKSON, J.H. & DAVEY, W.J., *Legal Problems of International Economic Relations*, Ed. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1986, 2ª edición, p. 1096.

iniciativas puestas en marcha en otros foros. No en vano, en la Declaración Ministerial de Singapur de diciembre de 1996, por la que se creó el "Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia" de la OMC, se exhortó al mencionado Grupo de Trabajo a llevar a cabo su labor en cooperación con la UNCTAD.

## **B. OCDE:**

A nivel regional destacan los trabajos de la OCDE, cuyo Consejo aprobó ya en 1967 una Recomendación relativa a la Cooperación entre Estados Miembros en materia de Prácticas Anticompetitivas que afectan al Comercio Internacional, la cual ha sido objeto de varias revisiones, la última de las cuales tuvo lugar en julio de 1995 (en adelante, "la Recomendación del Consejo de la OCDE"). En el contexto institucional de la OCDE cabe destacar también la aprobación de unas "Directrices para Empresas Multinacionales" (en adelante, "las Directrices de la OCDE") en el año 1976, las cuales contienen algunos principios sustantivos en materia de derecho de la competencia<sup>38</sup> y la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Carteles de 25 de marzo de 1998,<sup>39</sup> la cual exhorta a los Estados Miembros a asegurar que sus leyes prevean sanciones contra los tipos de carteles más perniciosos.

Es necesario destacar que lo manifestado en relación al Código sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la ONU de 1980 resulta igualmente aplicable a las Directrices de la OCDE. Su carácter no obligatorio no ha impedido que hayan contribuido a enriquecer una corriente de "*soft law*" o "derecho blando" que está alimentando los trabajos emprendidos en otros foros. A este respecto, resulta significativo que tanto la UNCTAD como la OCDE hayan estado presentes en calidad de observadores en las reuniones del "Grupo de Trabajo sobre la

---

<sup>38</sup> El documento establecía que las empresas deberían, al tiempo que cumplen con las normas oficiales de competencia y las políticas establecidas de los países donde operan:

1. abstenerse de acciones que puedan afectar adversamente la competencia en el mercado relevante mediante el abuso de una posición dominante de poder de mercado, a través de, por ejemplo: (a) adquisiciones anti-competitivas; (b) comportamientos predatorios respecto de los competidores; (c) negativas de venta irrazonables; (d) abusos anti-competitivos de los derechos de propiedad intelectual; (e) aplicación de precios discriminatorios (por ejemplo, irrazonablemente diferentes) y la utilización de dichas transacciones de precios entre empresas afiliadas como un medio de afectar adversamente la competencia fuera de dichas empresas;
2. dejar a los compradores, distribuidores y licenciatarios libertad para revender, exportar, comprar y desarrollar sus operaciones conforme a derecho, las condiciones comerciales, la necesidad de especialización y los usos del comercio;
3. abstenerse de participar o de otro modo reforzar intencionalmente los efectos restrictivos de los carteles internacionales o nacionales o acuerdos restrictivos que afectan adversamente o eliminan la competencia y que no están general o específicamente admitidos por la normativa nacional o internacional aplicable;
4. estar preparadas para evacuar consultas y cooperar, incluyendo el suministro de información, con las autoridades competentes de los países cuyos intereses están directamente afectados en relación a asuntos o investigaciones en materia de competencia. El suministro de información debería realizarse de conformidad con las salvaguardas normalmente aplicables en este campo.

<sup>39</sup> OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD document C(98)35/FINAL.

Interacción entre Comercio y Política de la Competencia" de la OMC. Además, la Recomendación del Consejo de la OCDE establece mecanismos de cooperación bastante precisos, en virtud de los cuales los Estados Miembros son exhortados a notificarse mutuamente los procedimientos abiertos en materia de derecho de la competencia que afecten a sus intereses respectivos. El texto exhorta a los Estados Miembros a coordinar sus investigaciones en este tipo de asuntos e incluso a compartir información. Por otra parte, las reuniones de los Estados signatarios de la Recomendación del Consejo de la OCDE se celebran bajo los auspicios del Comité sobre Derecho y Política de la Competencia de la OCDE, el cual constituye un valioso foro de debate. Por último, interesa destacar que muchos de los acuerdos bilaterales de cooperación en materia de derecho de la competencia han encontrado su fuente de inspiración justamente en la Recomendación del Consejo de la OCDE.<sup>40</sup>

A nivel regional, pueden mencionarse también las iniciativas del Grupo de Trabajo sobre Competencia del "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA") y el Protocolo para la Defensa de la Competencia del MERCOSUR.<sup>41</sup>

### **C. Acuerdos bilaterales**

Respecto a las respuestas bilaterales, hay que señalar que desde la década de los años setenta los trabajos emprendidos en el seno de la ONU, la OCDE y otros foros multilaterales o regionales se han visto complementados por la celebración de numerosos acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación del derecho de competencia, muchos de los cuales nacieron justamente al albor de las directrices aprobadas en los mencionados foros. A este respecto, suelen citarse los acuerdos entre los Estados Unidos y Alemania, Francia y Alemania y Australia y Canadá, los cuales contienen disposiciones similares a las previstas en la Recomendación del Consejo de la OCDE por lo que hace referencia a las notificaciones, intercambio de información, coordinación de actuaciones y consultas.<sup>42</sup> Más recientemente pueden mencionarse los ejemplos del Acuerdo de Cooperación entre Argentina y Brasil, el "Closer Economic Relations Agreement (CER)" entre Australia y Nueva Zelanda, el cual permite incluso que para ciertos casos los tribunales de una parte puedan actuar en el territorio de la otra parte, lo cual viene facilitado por la similitud de sistemas jurídicos y económicos,<sup>43</sup> y el Acuerdo entre los gobiernos de los Estados Unidos y Canadá.<sup>44</sup>

Tiene un interés especial el Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos y la Comisión de las Comunidades Europeas de 1991 relativo a la Aplicación de

---

<sup>40</sup> Véase *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.* p. 52.

<sup>41</sup> Véase WTO, *Report (1998) of the Working Group...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 53. Un comentario más detallado de estos acuerdos puede encontrarse en MARCEAU, G., *Antidumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, Ed. Oxford University Press, New York, 1994, p. 79 ss.

<sup>43</sup> Véase WTO, *Report (1998) of the Working Group...*, *op. cit.* p. 23-24; HOEKMAN, B.M. & MAVROIDIS, P.C., "Competition, Competition Policy and the GATT," en *World Economy*, Vol. 17, 1994, p. 127.

<sup>44</sup> Véase WTO, *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 53.

sus Leyes de Competencia (en adelante, "el Acuerdo"),<sup>45</sup> el cual es sin duda el ejemplo más significativo de cooperación bilateral en la aplicación del derecho de la competencia, tanto en virtud de la importancia económica de los bloques comerciales implicados como en función de las técnicas de cooperación establecidas. El Acuerdo, cuya finalidad es "promover la cooperación y coordinación y reducir la posibilidad o impacto de las diferencias entre las partes en la aplicación de sus leyes de competencia," consta de 11 artículos en los que se establecen fundamentalmente obligaciones de notificación, intercambio de información, cooperación y coordinación de actividades y consultas.

Obedeciendo al mencionado objetivo, en su artículo II el Acuerdo establece que cada parte notificará a la otra aquellos procedimientos o investigaciones en materia de competencia que puedan afectar "intereses importantes" de la otra parte y detalla ejemplos concretos del tipo de prácticas que habrán de ser notificadas, y en algunos supuestos incluso los plazos en que habrán de hacerse las notificaciones. Asimismo, al objeto de facilitar la aplicación efectiva de sus normativas respectivas y promover el entendimiento de las teorías que las inspiran, las partes acuerdan reunirse al menos dos veces al año para intercambiarse información sobre sectores económicos y discutir asuntos de interés común. Cada parte se compromete a facilitar a la otra la información que le pueda solicitar en relación a un asunto concreto, salvo la información que tenga carácter confidencial.<sup>46</sup> Además de establecer una obligación de asistencia mutua y de coordinación de las investigaciones respectivas,<sup>47</sup> el Acuerdo prevé específicamente la posibilidad de que una de las partes pueda solicitar la cooperación de las autoridades de la otra parte en relación a prácticas restrictivas llevadas a cabo en el territorio de la primera que afectan adversamente los intereses de la segunda.<sup>48</sup> Concretamente, las autoridades de la primera pueden solicitar a las autoridades de la segunda la apertura de una investigación. Con ello se intentan establecer mecanismos para limitar los efectos de prácticas como los carteles de exportación en terceros mercados, si bien la efectividad de dichos mecanismos es muy limitada, ya que las autoridades de la parte exhortada conservan plena libertad para decidir el inicio o no de una investigación en ejercicio de sus facultades discrecionales. En cualquier caso, la inclusión de dicha posibilidad constituye una novedad relevante respecto de los demás acuerdos de cooperación bilateral, ya que consagra un principio de "cortesía positiva," en virtud del cual las autoridades de una parte pueden decidir iniciar una investigación por motivos de cortesía<sup>49</sup> y para asegurar la realización del principio de cooperación.

También en la línea marcada por el principio de cooperación que inspira el Acuerdo, se establecen procedimientos para evitar posibles controversias en la

---

<sup>45</sup> Acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos y la Comisión de las Comunidades Europeas de 1991 relativo a la Aplicación de sus Leyes de Competencia, publicado en el D.O.C.E. L 132 de 15 de junio de 1995.

<sup>46</sup> Artículo III del Acuerdo.

<sup>47</sup> Artículo IV del Acuerdo.

<sup>48</sup> Artículo V del Acuerdo.

<sup>49</sup> Véase WTO, *WTO Annual Report for 1997*, op. cit. p. 53.

aplicación de las leyes de competencia respectivas. En primer lugar, se establece un mecanismo fundamentalmente preventivo, en virtud del cual "cada parte intentará, en todas las fases de sus investigaciones, tener en cuenta los intereses importantes de la otra parte," para lo cual tomará en consideración un conjunto de principios enumerados *ad exemplum* en el Acuerdo,<sup>50</sup> cuya aplicación puede motivar que las autoridades en cuestión se abstengan de iniciar un procedimiento cuando ello pudiera afectar negativamente a "intereses importantes" de la otra parte. En este punto, el Acuerdo responde a la tradicional doctrina de la cortesía, presente en la mayoría de acuerdos bilaterales. En segundo lugar, se establece un mecanismo de naturaleza reparadora, concretado en un procedimiento de consultas. Así, cada parte se compromete a evacuar consultas con la otra en relación a cualquier asunto relacionada con el Acuerdo con el objetivo de alcanzar "unas conclusiones mutuamente satisfactorias."<sup>51</sup>

En la línea de los demás acuerdos examinados, este Acuerdo constituye una nueva forma de manifestación del denominado "derecho blando," y deja bien claro que "nada en este Acuerdo será interpretado de manera inconsistente con las leyes existentes, o como exigiendo un cambio en las leyes de los Estados Unidos de América o las Comunidades Europeas o de sus respectivos Estados o Estados Miembros."<sup>52</sup>

Lógicamente, un instrumento de estas características presenta muchas limitaciones. No obstante, en la práctica el Acuerdo ha facilitado en gran medida las investigaciones de las autoridades respectivas en asuntos que afectaban a mercados globales. Tal como ya se ha señalado, el Acuerdo fue utilizado por primera vez en el "asunto Microsoft," cuyas prácticas en materia de licencias provocaron la apertura simultánea de un procedimiento anti-monopolio en Estados Unidos y de un procedimiento por abuso de posición dominante en la Comunidad. El interés del asunto, a parte de constituir un ejemplo paradigmático de cooperación entre las autoridades en materia de competencia de los principales actores del comercio internacional, radica en que se alcanzaron acuerdos similares en ambas jurisdicciones, a pesar de las diferencias conceptuales existentes entre el derecho estadounidense sobre prácticas monopolísticas y el derecho comunitario sobre abuso de posición dominante.<sup>53</sup>

#### **D. OMC**

Sin desmerecer los trabajos realizados en el marco de la ONU y de la OCDE, los cuales, como se ha dicho, han creado un caldo de cultivo que ha alimentado iniciativas de otro tipo, la OMC parece el foro preferible a la hora de abordar la problemática expuesta, por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, la OMC es el foro multilateral por excelencia especializado en comercio internacional, por lo que tiene pleno sentido que se

---

<sup>50</sup> Artículo VI del Acuerdo.

<sup>51</sup> Artículo VII del Acuerdo.

<sup>52</sup> Artículo IX del Acuerdo.

<sup>53</sup> Véase WTO, *WTO Annual Report for 1997*, op. cit., p. 38.

debatan en el seno de la misma todos los aspectos que puedan incidir en el comercio internacional, como las prácticas restrictivas de la competencia.

En segundo lugar, tal como ya se ha apuntado, algunos países como Hong Kong han expuesto la necesidad de tratar el tema de una manera global, incluyendo en el paquete de negociaciones otros aspectos con incidencia en esta materia como los derechos anti-dumping y las cláusulas de salvaguarda. En este sentido, los acuerdos comerciales suelen ser el resultado de un delicado *package deal*, por lo que parece preferible negociar todos los aspectos en un solo foro.

En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los códigos de conducta preparados en el seno de la ONU y de la OCDE, los cuales constituyen una manifestación del llamado "derecho blando," las normas acordadas en el seno de la OMC constituyen obligaciones jurídicamente exigibles, especialmente tras las profundas reformas introducidas durante la Ronda Uruguay. En este sentido, la OMC cuenta actualmente con mecanismos más refinados y efectivos para hacer cumplir los acuerdos que la ONU o la OCDE. Claro que, bien miradas las cosas, ello hará más difícil que los Estados lleguen a prestar su consentimiento para quedar obligados mediante compromisos internacionales en esta materia.

Todo ello justifica que dediquemos el siguiente apartado a examinar los trabajos emprendidos por la OMC en esta materia hasta la fecha.

## **V. LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA OMC.<sup>54</sup>**

### **A. La Carta de la Habana (capítulo V):**

Vale la pena recordar que el GATT de 1947 estaba llamado a ser un simple acuerdo comercial en el contexto institucional más amplio de la Organización Internacional del Comercio (en adelante, "OIC"), cuyo instrumento constitutivo nunca entró en vigor al no reunirse las ratificaciones suficientes para que ello tuviera lugar. El tratado constitutivo de la OIC, la cual debía haber constituido uno de los tres ejes de las relaciones económicas internacionales de la posguerra junto al Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, contenía un capítulo titulado "Prácticas Comerciales Restrictivas" (capítulo V), en el que se establecían obligaciones específicas para los Miembros en relación con dicho tipo de prácticas.<sup>55</sup> A diferencia de los acuerdos examinados en los apartados anteriores,

---

<sup>54</sup> MONTANA MORA, M., "La OMC y el Derecho de la Competencia", *op. cit.*, p. 76-79.

<sup>55</sup> La Carta de la Habana enumeraba específicamente las seis prácticas siguientes: (a) la fijación de precios, términos o condiciones a observar al tratar con terceros en relación a la compra, venta o arrendamiento de cualquier producto; (b) la exclusión de empresas, o la asignación o división de cualquier mercado territorial o sector de actividad comercial, o la asignación de clientes, o la fijación de cuotas de venta o cuotas de compra; (c) la discriminación contra empresas determinadas; (d) la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción; (e) evitar mediante acuerdo el desarrollo o aplicación de tecnología o invenciones patentadas o no patentadas; y (f) extender la utilización de derechos al amparo de patentes, marcas o derechos de propiedad intelectual concedidos por cualquier Miembro a aspectos que, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, no entran dentro del ámbito de dichas concesiones, o a productos o condiciones de producción, utilización o venta que del mismo modo no son objeto de dichas concesiones.

los cuales recogen fundamentalmente normas hortatorias, la Carta de la Habana contenía verdaderas obligaciones jurídicas, cuya violación podía dar lugar a la apertura de un procedimiento al amparo de las normas sobre solución de controversias.<sup>56</sup>

## **B. La Decisión de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1960 sobre Consultas:**

La frustración del proyecto de crear la OIC provocó que andando el tiempo el GATT acabara llenando el vacío institucional dejado por la OIC y fuera consolidándose como una verdadera Organización Internacional *de facto*. No obstante, a diferencia de la Carta de la Habana, el GATT no contenía obligaciones específicas en relación a las prácticas comerciales restrictivas, dejando a salvo algunas disposiciones sobre monopolios y empresas comerciales del Estado y las cláusulas generales de nación más favorecida (artículo I), trato nacional (artículo III) y anulación o menoscabo de ventajas comerciales (artículo XXIII). En la reunión celebrada por las PARTES CONTRATANTES del GATT en 1955 debatieron la conveniencia de incorporar las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la Carta de la Habana (el capítulo V) al GATT.<sup>57</sup> Lejos de esta "aproximación maximalista," los debates dieron lugar a un acuerdo de mínimos que simplemente estableció un procedimiento de consultas, el cual fue aprobado mediante la ya mencionada Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 1960 sobre Acuerdos para Consultas en materia de Prácticas Comerciales Restrictivas.<sup>58</sup> En resumen, hasta la Ronda Uruguay las vías de actuación de los Miembros ante una práctica restrictiva de la competencia se limitaban a la posibilidad de solicitar consultas al amparo de la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 1960, procedimiento que sólo parece haber sido utilizado en tres ocasiones.<sup>59</sup>

## **C. La Ronda Uruguay (1986-1994): la aproximación sectorial:**

Quienes desde hace tiempo abogan por la inclusión del derecho de la competencia dentro de la esfera de actuaciones del sistema GATT hubieran deseado incluir dicha materia en la agenda de la Ronda Uruguay (1986-1993).<sup>60</sup> A pesar de que si se analiza la Declaración Ministerial de Punta del Este, en virtud de la cual se inició oficialmente la Ronda Uruguay del GATT, se observará que en la agenda de las negociaciones finalmente no figuró específicamente el derecho de competencia, lo cierto es que la importancia de esta materia para la liberalización del comercio internacional se reveló tan evidente en algunos sectores que finalmente se incluyó una obligación de celebrar consultas en materia de prácticas comerciales restrictivas en el Acuerdo TRIPS (artículo 40) y en el GATS (artículo

---

<sup>56</sup> TREBILCOCK, M.J., "Competition Policy and Trade Policy," *op. cit.*, p. 87.

<sup>57</sup> PETERSMANN, E.U., "International Competition Rules for the GATT," *op. cit.*, p. 39.

<sup>58</sup> GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, Suplem. Núm. 9, p. 28-29.

<sup>59</sup> Véase WTO, *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>60</sup> A pesar de que hubo varias propuestas procedentes de países en vías de desarrollo para que el derecho de la competencia se incluyera en la agenda, fueron desestimadas, fundamentalmente debido a la oposición de los Estados Unidos. Véase PETERSMANN, E.U., "International Competition Rules for the GATT," *op. cit.*, p. 40.

IX), adoptando lo que podríamos denominar una "aproximación sectorial." Por otra parte, un análisis de los diversos acuerdos revela que en algunos de ellos se prevén normas con incidencia en esta materia, fundamentalmente en materia de acceso a los mercados,<sup>61</sup> las cuales pueden sintetizarse del siguiente modo.<sup>62</sup>

Una primera vía de actuación puede encontrarse en uno de los principios tradicionales del sistema GATT, a saber, el principio de no discriminación plasmado en las cláusulas de nación más favorecida y trato nacional, el cual podría ser de aplicación en situaciones en que las normas sobre competencia de un Miembro, o la aplicación práctica de dichas normas, diera lugar a una discriminación entre bienes y servicios o los nacionales de diferentes Miembros de la OMC.<sup>63</sup> A este respecto, vale la pena recordar que las mencionadas cláusulas han sido recogidas en muchos de los acuerdos de la Ronda Uruguay, como por ejemplo, el GATS, el Acuerdo TRIPS, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo sobre Contratación Pública.

En segundo lugar, otro de los principios tradicionales del sistema GATT, esto es, el principio de transparencia, ha encontrado expresión en muchos de los acuerdos de la Ronda Uruguay, los cuales establecen la obligación de publicar y notificar las normativas y decisiones relativas a la materia cubierta por el acuerdo en cuestión, lo cual abre posibilidades de control adicionales. Además, tal como ya se ha señalado, durante la Ronda Uruguay se aprobó un Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII del GATT, referente a las empresas comerciales del Estado, siendo una de sus finalidades mejorar la transparencia de las actividades de dichas empresas.

Tercero, a pesar de que, como ya se ha indicado, la armonización de estándares en esta materia no figuraba en la agenda de la Ronda Uruguay, en algunos sectores específicos, como por ejemplo, en materia de monopolios y empresas comerciales del Estado, obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias, se establecieron estándares mínimos tendentes a evitar obstáculos innecesarios al comercio internacional. El ejemplo más significativo es el del artículo VIII del GATS, su anexo sobre Telecomunicaciones y los compromisos adquiridos por muchos Miembros en materia de servicios básicos de telecomunicaciones, los cuales establecen obligaciones específicas en materia de prácticas comerciales restrictivas.<sup>64</sup>

Hay que destacar que en el supuesto de que algún Miembro considerara que otro Miembro no cumple con las obligaciones contraídas en los acuerdos de la OMC, incluyendo las que se acaban de exponer, que otro Miembro aplica una

---

<sup>61</sup> Véase HOEKMAN, B.M. & MAVROIDIS, P.C., "Competition, Competition Policy and the GATT," *op. cit.*, p. 12.

<sup>62</sup> Para un análisis más detallado de las normas con incidencia en el campo de la competencia de los acuerdos de la Ronda Uruguay puede consultarse PETERSMANN, E.U., "International Competition Rules for the GATT," *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>63</sup> Véase WTO, *WTO Annual Report for 1997*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 50.

medida, contraria o no a los acuerdos, o que existe cualquier otra situación que provoca una anulación o menoscabo de una ventaja resultante para dicho Miembro de los acuerdos o que compromete el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT,<sup>65</sup> podría iniciar un procedimiento de solución de controversias ante el OSD de la OMC. Esto es justamente lo que hizo el gobierno de los Estados Unidos en el asunto *Kodak-Fuji*, al que se ha hecho referencia anteriormente. Como se recordará, la reclamación estadounidense fue desestimada por el OSD.

#### **D. La Conferencia Ministerial de Singapur (1986) y los debates en el seno del Grupo de Trabajo sobre la interacción entre Comercio y Política de Competencia: la aproximación global**

En el seno de la OMC no tardaría en sentirse la necesidad de abordar los problemas relacionados con el derecho de la competencia desde una perspectiva global. La técnica de "aproximación sectorial" utilizada durante la Ronda Uruguay pronto dejaría paso a iniciativas de mayor calado. Así, en la Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Singapur en diciembre de 1996 se decidió crear un "Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia" (en adelante, "el Grupo de Trabajo") con el mandato de "estudiar las cuestiones propuestas por los Miembros en relación a la interacción entre comercio y política de la competencia, incluyendo prácticas anti-competitivas, al objeto de identificar posibles áreas que puedan merecer consideración adicional en el marco de la OMC."<sup>66</sup> La Conferencia Ministerial dejó bien claro que "cualquier negociación futura, en su caso, relativa a disciplinas multilaterales en estas áreas, tendrá lugar solamente después de que los Miembros de la OMC adopten una decisión explícita por consenso en relación a dichas negociaciones."<sup>67</sup>

Fiel al mandato recibido, durante los dos primeros años de funcionamiento el Grupo de Trabajo se ha limitado a examinar "el estado de la cuestión." Hasta la presentación de su informe al Consejo General de la OMC en diciembre de 1998, el Grupo de Trabajo celebró siete reuniones formales en las que debatió las 104 contribuciones escritas presentadas por los Miembros y las informaciones proporcionadas por otras Organizaciones Internacionales con estatus de observadores, como la UNCTAD, la OCDE, el Banco Mundial y el FMI.<sup>68</sup> Para facilitar los debates, el presidente del Grupo de Trabajo, el profesor Frédéric Jenny, preparó una lista de asuntos a estudiar, la cual constituyó el punto de partida de los trabajos futuros.<sup>69</sup> De hecho, el informe presentado al Consejo

---

<sup>65</sup> Una de las particularidades del GATT es que al amparo del artículo XXIII pueden iniciarse procedimientos de solución de controversias en relación a prácticas comerciales de otros Miembros que no infringen ninguna obligación, pero que anulan o menoscaban alguna ventaja resultante de los acuerdos para el Miembro reclamante o comprometen el cumplimiento de alguno de los objetivos del GATT (son las llamadas "reclamaciones sin infracción").

<sup>66</sup> Párrafo 20 de la Declaración Ministerial de Singapur de 1996.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Véase WTO, *Report (1998) of the Working Group...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>69</sup> La "Checklist of issues suggested for Study" preparada por el presidente del Grupo de Trabajo incluía los siguientes puntos:

General el pasado mes de diciembre, está estructurado siguiendo los puntos de discusión sugeridos por el profesor Jenny. En su recomendación final al Consejo General de la OMC el Grupo de Trabajo sugirió que las discusiones futuras se centren en tres aspectos concretos, a saber: (i) la relevancia de los principios fundamentales de la OMC sobre trato nacional, transparencia y trato de nación más favorecida sobre la política de competencia y viceversa; (ii) maneras de promover la cooperación y comunicación entre Miembros, incluyendo el campo de la cooperación técnica; y (iii) la contribución de la política de competencia a la consecución de los objetivos de la OMC, incluyendo la promoción del comercio internacional.<sup>70</sup>

Siguiendo la sugerencia del Grupo de Trabajo, en diciembre de 1998 el Consejo General decidió que el Grupo de Trabajo prosiguiera su labor "educativa" centrándose en los tres aspectos anteriores. En cumplimiento del mandato recibido, durante el año 1999 el Grupo de Trabajo celebró tres reuniones formales (19-20 de abril, 10-11 de junio y 14 de septiembre) en las que se debatieron las numerosas comunicaciones presentadas por los Miembros y por las Organizaciones Internacionales reconocidas como observadores (Banco Mundial, FMI, UNTAD y OCDE). Los resultados de dichas deliberaciones pueden sintetizarse del siguiente modo:

En primer lugar, algunas delegaciones cuestionan que sea necesario llegar a un acuerdo sobre esta materia en el marco de la OMC. A este respecto, argumentan que se ha exagerado la problemática que generan los carteles de exportación, carteles de importación, carteles internacionales y otras medidas restrictivas de la competencia. Desde esta perspectiva, estas prácticas no son suficientemente frecuentes ni significativas como para justificar que se ponga en marcha el aparato institucional de la OMC con el objetivo de alcanzar un acuerdo internacional en esta materia, el cual exigiría la promulgación de nuevas leyes por parte de muchos Estados que carecen de leyes de defensa de la competencia, con el coste y esfuerzo que ello comporta. A este respecto, se señaló que sólo unos 70 países disponen actualmente de leyes de defensa de la competencia.

---

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

II. Inventario y análisis de los instrumentos existentes, estándares y actividades relacionadas con el comercio y la política de competencia, incluyendo la experiencia en su aplicación: políticas, leyes e instrumentos nacionales de competencia y su relación con el comercio; disposiciones de la OMC existentes; acuerdos e iniciativas bilaterales, regionales, plurilaterales y multilaterales;

III. Interacción entre el comercio y la política de competencia: el impacto de las prácticas anti-competitivas de las empresas y asociaciones sobre el comercio internacional; el impacto de los monopolios estatales, los derechos exclusivos y las políticas regulatorias sobre la competencia y el comercio internacional; la relación entre los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual y la política de competencia; la relación entre inversión y política de competencia; el impacto de la política comercial sobre la competencia;

IV. Identificación de posibles áreas que puedan merecer consideración adicional en el marco de la OMC. Véase WTO, *Report (1998) of the Working Group...*, *op. cit.*, anexo 1.

<sup>70</sup> Véase WTO, *Report (1998) of the Working Group...*, *op. cit.*, p. 50.

En segundo lugar, los países en vías de desarrollo han puesto el acento en los costes adicionales que se derivarían de la asunción de compromisos en esta materia. A este respecto, algunas comunicaciones reclamaron flexibilidad, períodos de transición, la progresividad de los compromisos y cooperación técnica, así como el derecho a mantener ciertos sectores excluidos.

En tercer lugar, tal como ya se ha apuntado, algunas delegaciones están intentando que el debate alcance una dimensión más amplia, al poner sobre la mesa la necesidad de que las deliberaciones incluyan aspectos como los derechos anti-dumping o las medidas de salvaguarda, con indudable incidencia en esta materia. Con carácter general, se pretende que los debates aborden todos los elementos anticompetitivos implícitos en las actuales disciplinas de la OMC. No obstante, dicha postura ha topado con la oposición de quienes consideran que ello excedería del mandato del Grupo de Trabajo y que dichas cuestiones han de ser abordadas en los Comités de los Acuerdos respectivos.

En cualquier caso, la opinión más generalizada parece ser la de quienes están de acuerdo en la necesidad de que la OMC prosiga el debate abierto sobre esta materia, sin perjuicio de las demás iniciativas puestas en marcha a nivel bilateral o regional. Además, los debates parecen reflejar un cierto consenso sobre la necesidad de que un eventual acuerdo se cimiente sobre los principios de no discriminación (trato nacional y trato de nación más favorecida) y transparencia y sobre la necesidad de exigir que todos los Miembros se doten de leyes sobre defensa de la competencia que prevean procedimientos administrativos y judiciales justos y transparentes. Por lo demás, se ha destacado la interrelación existente entre estos principios, ya que si se lograra un alto grado de transparencia ello haría más difícil que una autoridad encargada de la defensa de la competencia discriminara de una manera constante durante cierto período de tiempo, ya que se sabría públicamente y su posición acabaría siendo insostenible. En cambio, no parece existir una buena predisposición a incluir el concepto de "cortesía positiva,"<sup>71</sup> ya que algunas delegaciones consideran que ello podría suponer un pesado lastre para las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir el derecho de la competencia.

## **VI. CONCLUSIÓN: LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA UE, ¿LECCIONES PARA LA OMC?**

A la hora de hacer una valoración de las posibles enseñanzas que la OMC podría extraer de la regulación de la competencia en la UE, no hay que perder de vista las siguientes consideraciones, las cuales son útiles para encuadrar debidamente los términos del debate: (i) mientras que la UE es una Organización Internacional de integración - si es que se le puede seguir llamando así - la OMC

---

<sup>71</sup> Como se recordará, el concepto de "cortesía positiva" significa que cuando la autoridad encargada de la competencia en el país A considera que hay motivos razonables para considerar que una práctica anticompetitiva constituye también una violación de las normas sobre competencia del país B, dicha autoridad solicita a al organismo homólogo del país B que inicie una investigación en relación a tales prácticas.

es una Organización Internacional de cooperación, con unos objetivos mucho más limitados; (ii) mientras que en la UE la política de competencia ha sido utilizada como un instrumento de política industrial, especialmente a nivel sectorial, los debates del Grupo de Trabajo de la OMC apuntan a que uno de sus objetivos será justamente limitar las distorsiones que la utilización de la política de competencia como instrumento de política industrial provoca en el comercio internacional; (iii) mientras que la UE ha creado un cuerpo de derecho de la competencia uniforme y directamente aplicable en los Estados Miembros, los trabajos de la OMC indican que, a corto plazo, como mucho se llegará a un acuerdo sobre el establecimiento de unos estándares mínimos comunes (principio de trato nacional, principio de nación más favorecida y principio de transparencia) y a la prohibición de las prácticas más claramente contrarias al derecho de la competencia; (iv) mientras que en la UE la aplicación del derecho de la competencia comunitario se ha llevado a cabo por parte de una autoridad supranacional, los debates de la OMC revelan que la mayoría de delegaciones no están preparadas para aceptar esta opción en el seno de la OMC, de modo que lo más previsible es que la aplicación del derecho de la competencia quede en manos de las autoridades nacionales.

¿Significa lo anterior que la UE no tiene nada que enseñar a la OMC en materia de derecho de la competencia? En absoluto. La UE sí tiene cosas que enseñar. Y muchas. De hecho, lleva enseñando desde hace muchos años, tal como se expondrá a continuación.

En primer lugar, el derecho de la UE y, más concretamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, "TJCE"), ha dejado una indudable impronta en muchos informes aprobados por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Si se analizan con detenimiento los informes de los grupos especiales en el asunto del "Sochu" (Comunidad Europea c. Japón) o en el asunto del "Pisco" (Comunidad Europea c. Chile), se observará que a la hora de determinar qué es un "producto similar", los grupos especiales acudieron a unos tests muy parecidos a los utilizados por el TJCE en el asunto "Cassis de Dijon," entre muchos otros. Por tanto, una primera lección consistiría en ayudar a dotar de contenido una serie de conceptos jurídicos indeterminados, para lo cual la abundante jurisprudencia del TJCE en materia de competencia puede constituir un compendio de lecciones de un valor inestimable.

En segundo lugar, si decimos que la jurisprudencia del TJCE puede dar lecciones a la OMC, podemos decir también que los Magistrados del TJCE podrían impartir algunas de dichas lecciones. A este respecto, no hay que perder de vista que algunos de estos Magistrados (por ejemplo, Pierre Pescatore) han formado parte de algunos grupos especiales, por lo que no es de extrañar que la influencia de la jurisprudencia del TJCE se deje notar en los informes del Órgano de Solución de Diferencias.

En tercer lugar, los trabajos de la OMC apuntan a que posiblemente se llegue a un acuerdo a medio plazo para prohibir determinadas prácticas, sobre las que existe un consenso generalizado respecto de sus efectos restrictivos. Pues bien, es indudable que la práctica acumulada por la Comisión a lo largo de los años puede arrojar mucha luz respecto de las características y efectos de cada

práctica y sobre las circunstancias en que dichas prácticas pueden ser merecedoras de una exención.

Por último, parecen necesarias unas reflexiones finales sobre hacia dónde apuntan los trabajos de la OMC en materia de competencia. A la vista de los debates del Grupo de Trabajo, es previsible una doble orientación. Por una parte, una profundización de la "aproximación sectorial" mediante la inclusión de compromisos específicos en los acuerdos multilaterales y plurilaterales que regulan los diversos sectores, en la línea iniciada por el Acuerdo TRIPS y el GATS en la Ronda Uruguay. Por otra parte, la posibilidad de celebrar un acuerdo multilateral o, preferiblemente, plurilateral específicamente en materia de competencia a medio plazo que como mínimo contenga las obligaciones de trato de nación más favorecida y trato nacional, intente establecer estándares comunes en materia de prácticas permitidas y condiciones para la concesión de exenciones, establezca procedimientos de cooperación, coordinación e intercambio de información de alcance general y mejore la transparencia de las políticas y prácticas de los Miembros en materia de competencia parece una hipótesis plausible. Por el contrario, teniendo en cuenta la importancia de la política de competencia como instrumento de política industrial y el necesario margen de discrecionalidad que ello comporta, así como la diversidad de lógicas a que responden las políticas de competencia de los principales actores del comercio internacional, la posibilidad de celebrar un acuerdo multilateral que responda al modelo del Código de Munich de 1993 parece una utopía, al menos a corto y medio plazo.