

La UNCTAD y la Promoción Internacional de la Competencia

Santiago Roca Tavella*

SUMILLA

El autor nos muestra a través de este artículo las implicancias sobre la protección de la Competencia, no solo desde un ámbito nacional sino a nivel internacional. Dichas implicancias a partir de la labor que viene realizando la *United Nations Conference on Trade and Development*-UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, órgano que busca la integración de los países en desarrollo a la economía mundial) si bien en su origen tuvo diversas actividades, en la actualidad viene realizando actividades a favor y promoción de la Competencia. En ese sentido, cabe señalar que dichas actividades varían dependiendo de cada país, pudiendo tratarse de países sin leyes ni autoridades de Competencia o consumidor, países con leyes y autoridades de Competencia recién iniciándose o países en desarrollo con experiencia moderada, como es nuestro caso. Este artículo no sólo nos muestra los aciertos de este órgano sino también sus debilidades, entre ellos sobre los TLCs, en donde en el caso de los países en desarrollo hay una falta de acompañamiento y abandono en la negociación. Finalmente, se realiza una entrevista al autor sobre los temas tratados en el presente artículo.

Los esfuerzos para controlar las prácticas anticompetitivas nacionales e internacionales han tenido tres enfoques: 1) el basado en las leyes *antitrust* cuyo énfasis ha sido limitar el poder de las grandes concentraciones empresariales y sancionar a las empresas que restringen indebidamente la competencia y afectan en el corto plazo la eficiencia económica; 2) el vinculado al comercio internacional, que busca fomentar el acceso a los mercados y a la inversión pero reconoce que esta podría, en algunos casos, torcer la competencia interna, dañar el comercio y elevar los precios en perjuicio de los consumidores y, en otros casos, constituirse en un instrumento para disciplinar a las empresas y leyes internas que restringen la entrada y la Libre Competencia; y, 3) la que se preocupa por el progreso nacional y la diferencia en los niveles de desarrollo de los países y busca encontrar un balance entre las prácticas de cooperación entre empresas, las políticas de industrialización y los aspectos de la Libre Competencia, en una visión dinámica y de largo plazo de la eficiencia económica.

Las Naciones Unidas al aprobar hace 30 años los principios para controlar las prácticas restrictivas de la competencia se ubicó implícitamente en la intersección de estos tres enfoques: la acción *antitrust* transfronteriza, el acceso a los mercados y el desarrollo económico. El acuerdo restringe a los carteles internacionales y a una amplia lista de prácticas anticompetitivas y dominantes (aunque no fueron observadas las colusiones internas entre empresas afiliadas independientes); fomenta el acceso a los mercados y la liberalización del comercio; y, concede un trato diferenciado para los países en desarrollo permitiendo excepciones y respetando consideraciones de territorialidad y soberanía (principio de comitencia).

El acuerdo incluyó a las empresas estatales pero se exceptuó a los acuerdos anticompetitivos intergubernamentales, como la OPEC y otros. Lamentablemente, no se pudo aprobar una legislación vinculante sino principios generales voluntarios, ni se instituyó una autoridad

* Profesor Principal y Director del Centro de Propiedad Intelectual, Competencia, Consumidor y Comercio, Escuela de Administración de Negocios para Graduados, Universidad ESAN; Senior Economic Officer (2008) de la Oficina de Políticas de Competencia y Consumidor, UNCTAD, Ginebra; Presidente (2004-2006) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI; Ph.D en Economía, Cornell University, USA.

supranacional mundial que supervise y regule el abuso de la posición de dominio y las prácticas anticompetitivas. La UNCTAD fue designada para actuar como punto focal de este acuerdo no vinculante y en tal función efectuar estudios y realizar reuniones para evaluar el avance y perjuicios de las prácticas restrictivas, ofrecer asistencia técnica, construir capacidades nacionales y regionales y divulgar información y capacitación acerca de la materia.

Las actividades de la UNCTAD desde entonces han sido variadas. En la primera década se hicieron algunos estudios y se preparó la Ley modelo de Competencia pero se obtuvo muy poco apoyo e interés de parte de los países desarrollados en la implementación del Acuerdo. Fueron los programas de ajuste estructural, desregulación y privatización y la transición hacia economías de mercado de los países del este, de fines de los ochenta y comienzos de los noventa, que llevaron a que el Banco Mundial diera vuelta al timón y propulsara políticas en contra de las prácticas restrictivas y en favor de la competencia. Esto reavivó desde 1990-1995 el trabajo de la UNCTAD de proveer asistencia técnica, construir capacidades y ayudar a los gobiernos nacionales en la promulgación de sus leyes y políticas nacionales de Competencia, así como en el intercambio de experiencias a través de la Reunión Anual del Grupo de Expertos Intergubernamentales, IGE, y cada cinco años en la Conferencia de las Naciones Unidas que revisa los avances en la implementación del Conjunto de Principios contra las Prácticas Restrictivas. A partir de los primeros años del 2000, la UNCTAD va adquiriendo reconocimiento por su apoyo a los países en desarrollo para constituir no solamente sus leyes sino también sus autoridades de Competencia.

Durante los últimos cinco años, el trabajo de la UNCTAD ha ido evolucionando de acuerdo a las necesidades domésticas de los países en desarrollo. Esto ha significado que en los países sin leyes ni autoridades de Competencia o consumidor (por ejemplo Angola, Ghana, Swaziland, Bolivia, etc) se despliegue un trabajo de concientización y adoctrinamiento acerca de la necesidad de enfrentar los monopolios, carteles y acuerdos restrictivos, realizándose seminarios nacionales con los sectores de la Administración Pública pertinentes, y reflexionando acerca de las leyes modelo de competencia y protección al consumidor. En los países con leyes y autoridades de Competencia recién iniciándose (Nicaragua, Malawi, Uruguay, etc), se trata más bien de apoyar en el entrenamiento de los profesionales

y analistas de casos, en metodologías para el análisis de los temas claves (los conceptos de poder de mercado, mercado relevante, posición de dominio, concentración, control de fusiones y adquisiciones, etc), en propulsar el estudio simple de sectores o ramas industriales, el construir capacidades técnicas y organizativas para enfrentar al poder de los carteles, y el proveer asistencia técnica y capacitación en temas específicos. En los países en desarrollo con experiencia moderada, por ejemplo Perú, Indonesia, Zambia, Costa Rica, Colombia, se trabaja en apoyar la realización de estudios innovadores para entender el tema de la informalidad y la competencia, realizar estudios sectoriales de nivel más avanzado, y extender el alcance de la Ley y las políticas de Competencia y consumidor en los diversos espacios geográficos de estos países. Se responden también consultas puntuales de los gobiernos en relación a la revisión y adaptación de nuevas leyes o Códigos relacionados. En el ámbito internacional, se promueve el intercambio de información, los programas de cooperación, la facilitación y búsqueda de consensos y la difusión de las mejores prácticas, aunque en este último, el Foro de Competencia de la OECD y la Red Internacional de Autoridades de Competencia, ICN, han mostrado mayor actividad. Además se ha institucionalizado todos los años, la evaluación voluntaria del desempeño integral de la Ley y políticas de competencia de uno de los países miembros (*Peer Review*). Una de las actividades recientes que merece mención es la incorporación del sector de investigación académica en los estudios y deliberaciones, al haberse recientemente creado la Plataforma de Socios de Investigación de la UNCTAD que congrega actualmente a 25 instituciones académicas alrededor del mundo.

El trabajo de la UNCTAD también tiene una serie de debilidades. En primer lugar, su inacción en proveer asistencia técnica a los países en desarrollo en poner límites a las prácticas anticompetitivas transfronterizas, y en no efectuar estudios que muestren el efecto dañino de la actuación de los carteles en los mercados internacionales. En segundo lugar, la falta de acompañamiento y abandono a los países en desarrollo en la negociación de los tratados de libre comercio (TLCs). Estos tratados no articulan debidamente los instrumentos de Competencia contra el peligro de prácticas restrictivas y dominantes como consecuencia de la reducción de los aranceles, la abrumadora protección a la inversión y la extensión de los derechos de propiedad intelectual. Tampoco advierten acerca de los efectos adversos

a la Competencia de los subsidios y los remedios, compensaciones y condiciones de su utilización. En tercer lugar, la casi inexistente actividad en el refuerzo de los mecanismos para restringir las prácticas anticompetitivas en mercados ampliados y en acuerdos de integración regional. En cuarto lugar, la ausencia de estudios y opinión en temas novedosos vinculados a la excesiva concentración de tierras que se está originando en muchos países en desarrollo, así como la falta de competencia y barreras de entrada en el mercado de trabajo; el primero como consecuencia del cambio en los flujos de capitales a raíz de la crisis financiera internacional, y el otro, debido a la distinta dotación del recurso humano en el mundo.

A pesar de las debilidades, la UNCTAD está cumpliendo un rol en la implementación de los regímenes de Competencia nacionales. Su tarea educadora y su progreso son incuestionables. Su aproximación flexible, de alguna manera concilia los objetivos de desarrollo con los objetivos de la Libre Competencia y es consciente de que la predominancia de uno sobre otro depende del nivel de desarrollo y condiciones específicas de cada país. La Ley y las políticas de competencia envuelven temas más amplios de aquellos solo vinculados al comercio y alcanza los temas de regulación, poder, pobreza y los temas sociales. Por esa razón, su aproximación, a veces ambivalente, tiene también un enfoque de bienestar y desarrollo humano.

El trabajo a futuro debe, sin embargo, mejorarse y tener en consideración las nuevas condiciones que están emergiendo en la economía mundial. La economía mundial está cambiando. Si bien la producción a gran escala y las cadenas globales de abastecimiento que las conectan siguen siendo importantes; la revolución de las tecnologías de información y comunicación están permitiendo que emerjan miles de redes, mercados y tecnologías de producción hiperfragmentadas. Esto brinda nuevas ventajas y oportunidades a millones de medianas y pequeñas empresas que podrían conectarse a los mercados mundiales. A la vez, los flujos de comercio de los países en desarrollo están comenzando a crecer más rápido que el de los países desarrollados y los flujos de capitales se revierten hacia las economías emergentes, lo que originará transformaciones en las estructuras y comportamientos de los mercados. Esto implica la posibilidad de severas distorsiones y prácticas transfronterizas anticompetitivas más severas.

¿Cuál es el rol que en este entorno debe jugar la Ley y la política de Competencia? Se necesitan normas de Competencia internacional que mantengan flexibilidad y que en las nuevas condiciones, actualicen explícitamente los tres enfoques mencionados al comienzo. Una agenda que combine apropiadamente el tema de acceso a los mercados para las miles de pequeñas empresas; la acción anti trust internacional para las grandes corporaciones y/o aquellas cadenas de abastecimiento que restrinjan la competencia; y el trato diferenciado en la competencia vinculada a la formalización, industrialización y el desarrollo económico para los países de menor desarrollo relativo.

Los países desarrollados deben cooperar para hacer vinculante los nuevos conceptos y características que deberían tener las reglas de competencia y consumidor en este nuevo escenario económico nacional y mundial.

Además de revisar la normativa en la dirección indicada, se necesita también reflexionar una vez más acerca de la necesidad de una autoridad multilateral de competencia pero que ahora trabaje junto con las autoridades de competencia regional y con las autoridades de competencia nacional y que opere engarzada bajo los principios de subsidiaridad, cooperación, transparencia, no-discriminación y el debido proceso.

Preguntas formuladas al Dr. Santiago Roca a razón del artículo¹

Entrevistador: Al permitir a los países en vías de desarrollo tener normas que manipulen la Libre Competencia en bienestar de su progreso nacional y desarrollo económico ¿No se transgreden principios básicos como la libertad de empresa, la igualdad de oportunidades?

Santiago Roca: En teoría, casi todas las leyes de competencia en el mundo, sea en países desarrollados o en vías de desarrollo, tienen como "objetivo principal" defender la competencia en la búsqueda de la mejor utilización de los recursos y la eficiencia económica y productiva. En la práctica sin embargo, diversos trabajos muestran que las leyes de competencia tienen también implícitamente o explícitamente "objetivos de segundo orden" que van variando en el tiempo de acuerdo a los contextos y circunstancias específicas de las economías de cada país.

¹ Preguntas elaboradas por Carlos Adauto Barzola, miembro de la Comisión de Investigación y Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo.

En los Estados Unidos de Norteamérica, país desarrollado por ejemplo, la Corte Suprema a raíz de los casos de *Verizon vs Trinko* (2004), *Volvo vs Reeder-Simco* (2006) *Illinois Tool Works vs Independent Inc* (2006) y *Weyerhaeuser vs Ross Simmons* (2007), se ha inclinado por no sancionar las prácticas anticompetitivas de sus empresas por temor a que estas empresas queden rezagadas en la fiera competencia de los mercados globales. Son consideraciones implícitas a favor de dar más libertad a las empresas para que ellas puedan competir aunque sea con prácticas dominantes, las que han prevalecido en los jueces norteamericanos. De otro lado, la Agencia de Competencia de Sudáfrica -país en vías de desarrollo- en otro contexto y realidad, considera explícitamente además del objetivo de eficiencia económica otros objetivos vinculados al interés público, como el referido al desarrollo de la pequeña empresa, al fomento del empleo y a la mejor distribución de los ingresos. De esta manera en los casos de la fusión de *Stanbic y Nedcor* y de *Tongaat Hulet y Transvaal Sugar* se privilegia el desarrollo de los mercados locales, dados los altos niveles de concentración de mercados. En este sentido las autoridades sudafricanas de competencia toman con preocupación las prácticas anticompetitivas de las grandes empresas en relación a su impacto sobre el empleo y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

Como ustedes pueden apreciar, en ambos países EEUU y Sudáfrica las autoridades de competencia mantienen "objetivos de segundo orden" vinculados al progreso de sus naciones en la aplicación de las leyes *antitrust*. En Estados Unidos se está reduciendo gradualmente la severidad de la aplicación de la Ley *antitrust* por temor a quedarse rezagados en el mercado global. Del temor al poder del mercado y concentraciones de la Sherman Act se está pasando al temor de quedarse atrasados en el mercado global. En cambio, en Sudáfrica la imposición de sanciones por conductas anticompetitivas toman en consideración los efectos de dicha práctica sobre el mercado interno y cómo la misma podría afectar su crecimiento y desarrollo. Se trata de la aplicación de la Ley de Competencia que privilegia el interés público por tener mejores mercados, con mayor competencia pero también con mayor equidad e igualdad de oportunidad para las pequeñas y medianas empresas.

No es pues señores un asunto de transgredir los principios de libertad o la igualdad de oportunidades sino de ponderar el énfasis en los "objetivos de segundo orden" de las leyes y políticas de Competencia para hacerlos consonantes con

la situación y realidades de cada país. ¿O no ha cambiado el énfasis de la aplicación de la Sherman Act a través del tiempo?

Entrevistador: ¿No sería más conveniente desarrollar una política de cooperación entre la actividad privada (grandes corporaciones mundiales) de manera que se permita, mediante dispositivos legales y contractuales una mayor participación con las empresas nacionales en pro del bienestar de la economía nacional?

Santiago Roca: No entiendo bien la pregunta. La cooperación entre privados, es decir, en la forma como usted lo expresa, entre grandes corporaciones mundiales con empresas privadas peruanas no necesita de ningún dispositivo legal y contractual vinculante aprobado por el Estado para que ello vaya en pro del bienestar de la economía nacional. Para ello se requiere sensatez y sentido común.

Si usted cree que hay que dar una Ley para autorizar que un cartel extranjero actúe en el mercado nacional favoreciendo a ciertas empresas privadas en contra de otras empresas o del consumidor, bueno allí si discrepamos. Pero, por ejemplo, en países como Suiza, Alemania, Nueva Zelanda y los Estados Unidos, la producción agropecuaria ha estado exenta de la aplicación de algunas secciones de la Ley de Competencia cuando les permite a los agricultores cooperativistas a concertar precios o volúmenes de producción en el supuesto que la participación de las cooperativas en el mercado son poco significativas (ver artículo N° 36 del Tratado Consolidado de la Unión Europea o el Capper-Volstead Act de los Estados Unidos) y que las economías de escala y sinergias que obtienen les permite reducir costos, ser más eficientes y obtener precios más justos.

Entrevistador: ¿No se afectaría así el principio constitucional de la igualdad al permitir a los países en desarrollo desarrollar excepciones y consideraciones de territorialidad?

Santiago Roca: El principio de igualdad está muy vinculado al tema de la cohesión social. Una sociedad cohesionada es aquella cuyas diferencias no la ponen en peligro de explotar por sus diferencias económicas y de ingresos. Por eso es quizás que los europeos y los norteamericanos ofrecen internamente una multiplicidad de subsidios y otros derechos, entre ellos exenciones a sus leyes de Competencia y permiten que sus miles de pequeños y medianos agricultores

concerten en el ánimo que mejoren sus niveles de vida y obtengan precios más justos que si cada uno estuviera por su cuenta. En estos casos, se privilegia el derecho a la vida y la igualdad.

A nivel internacional, el principio de trato nacional igualitario a nacionales y extranjeros va de la mano con el principio de trato diferenciado de acuerdo a los niveles de atraso y desarrollo de los países. Esto significa aceptar consideraciones de territorialidad, por eso los países menos desarrollados tienen plazos mayores para adaptarse a las normas internacionales que los países más desarrollados en el ánimo de la búsqueda de una mayor convergencia entre todos. No habría entonces problemas en desarrollar excepciones a los más pobres o a determinados territorios.

Entrevistador: ¿Es necesaria una entidad supranacional que supervise el abuso de posición de dominio y las prácticas anticompetitivas en el comercio internacional?

Santiago Roca: La literatura es amplia. Una entidad supranacional vinculante solo será útil si todos los países la empoderan lo suficiente para todos estar comprometidos a cumplir sus decisiones. Hay períodos donde la OMC, autoridad intergubernamental vinculante en el comercio internacional, pone orden y restaura los principios aprobados por todos los países en el comercio internacional. Se vuelve, sin embargo, inoperante cuando algunos países desacatan sus fallos y se ponen por encima de ellos.

Los estudios indican que las prácticas de los carteles transnacionales generan millones de pérdidas a empresas y consumidores en el mundo y que las autoridades de competencia nacionales no pueden batallar para eliminar y sancionar estas prácticas. Revise el lector los esfuerzos sin éxito que algunos países han hecho para sancionar los carteles de vitaminas, o el de los electrodos artificiales de grafito de los países más desarrollados, solo para mencionar algunos de los cientos de casos que existen. Si hubiera una autoridad mundial de Competencia vinculante empoderada por todos los países del mundo, los mercados y la competencia mundial funcionarían mejor. Para comenzar, ya

se habría eliminado la Ley Webb Pomerene que protege a las empresas norteamericanas cuando realizan prácticas anticompetitivas en mercados externos.

Entrevistador: Teniendo en cuenta que el intercambio de información es una herramienta fundamental para el avance de las políticas de competencia y el refuerzo en los mecanismos de control ¿Porqué no se implementan mecanismos de cooperación micro a fin de evitar carteles, y abusos de posición de dominio y regular bien las fusiones?

Santiago Roca: La información y el intercambio de la misma entre agencias de competencia es vital para el avance de las políticas de competencia en el mundo. Pero solo para poner un ejemplo, la Ley Webb Pomerene y sus similares que existen en diversos países desarrollados impiden que las autoridades nacionales de competencia cooperen con otras autoridades. Eso significa en realidad que no hay interés en intercambiar información si el propósito es que se sancione a las empresas de su propio país.

Ello, sin embargo, no es óbice para que se intercambie una multitud de otro tipo de información vinculada a las buenas prácticas, guías orientadoras, casos y experiencias muy útiles para que la competencia funcione mejor en el mundo. La Red Internacional de Competencia, ICN, es una de estas entidades integrada en forma voluntaria por las autoridades de competencia que tiene por finalidad lograr que poco a poco se intercambie información entre agencias y se vaya aprendiendo en forma colectiva. No se conoce, sin embargo hasta el momento que este intercambio de información haya servido para castigar y sancionar carteles internacionales.

Si usted vuelve a leer las debilidades que se ha mencionado en el artículo de arriba acerca de la UNCTAD como actual autoridad no vinculante contra las prácticas restrictivas de la competencia, usted se dará cuenta de la limitadísima acción que esta desempeña en los mercados internacionales, por más intercambio de información y cooperación a nivel micro que pudiera existir.