

# LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN UN MUNDO GLOBALIZADO: UNA PERSPECTIVA REALISTA

CARLOS RAMÓN NODA YAMADA

Profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Una visión neorrealista de la globalización 3. Los efectos de la globalización en el plano económico internacional 4. La dimensión internacional del Derecho de la Competencia 4.1. Los desafíos tradicionales a las políticas nacionales de defensa de la competencia 4.2. El diseño de una política de competencia y las capacidades de los Estados

## 1. Introducción

El presente documento debe iniciarse con una advertencia fundamental para el lector. Este no es un estudio ortodoxo o tradicional de Derecho de la Competencia en el cual puedan buscarse las reglas interpretativas comúnmente aceptadas en la implementación de las políticas de comportamiento –referidas a la prohibición de las prácticas colusorias o del abuso de posición dominante- o de las políticas estructurales –los sistemas de control de concentraciones económicas- de un ordenamiento determinado. Más bien, se trata de un documento que busca presentar, preliminarmente, los problemas que el fenómeno de la globalización plantea a las diversas políticas nacionales de defensa de la competencia, de acuerdo con las distintas capacidades de los Estados que integran el sistema internacional. Se trata, por tanto, de una visión estratégica de los factores a ser tomados en cuenta en el diseño de las políticas nacionales de competencia en un mundo globalizado.

Las políticas nacionales de competencia serán consideradas como elementos determinados por las consideraciones propias de las relaciones internacionales, en particular, por las capacidades de los Estados, en una búsqueda constante de poder y seguridad para asegurar su supervivencia en un sistema internacional en el que rige el principio de anarquía. En tal sentido, este es un documento que analiza las políticas nacionales de competencia a la luz de los principios de la teoría realista y, como tal, la considera como un aspecto más de una estrategia integral de seguridad de los Estados. En otras palabras, no se analiza de manera abstracta y aislada a la competencia como un fenómeno económico sino como un fenómeno político dentro de un esquema de balance de poder internacional; por ejemplo, no se considera al bienestar de los consumidores como un objetivo final de la política de competencia sino como un instrumento para viabilizar –es decir, como un instrumento necesario pero no suficiente- *la estabilidad y el crecimiento ordenado de los países, lo cual significa mayores probabilidades de estabilidad y crecimiento a nivel global y, por tanto, mayores probabilidades del mantenimiento de condiciones de seguridad para la mayoría de unidades integrantes del sistema internacional.*

## 2. Una visión neorrealista de la globalización

El realismo<sup>1</sup> es la teoría de las relaciones internacionales que predominó en la política exterior de los Estados Unidos después del fin de la Segunda Guerra Mundial y el consiguiente advenimiento de la Guerra Fría. En su versión reformulada por Kenneth Waltz –conocida como neorrealismo estructural-, el realismo sostiene que el sistema internacional se encuentra compuesto por una estructura –caracterizada por el principio de anarquía - y por unidades que interactúan dentro del sistema. En este sistema internacional, la búsqueda del poder y la seguridad es el elemento lógico dominante de la política internacional, no teniendo los Estados más alternativa que acumular las capacidades para asegurar su propia supervivencia.<sup>2</sup>

La globalización, desde el punto de vista político, implica fundamentalmente la limitación de las capacidades de los Estados en cuanto a su actuación, debido al surgimiento de nuevos actores no estatales<sup>3</sup> y a la intensificación de los procesos de integración<sup>4</sup> y de regulación supranacional<sup>5</sup>. En el marco del sistema internacional, podemos identificar a la globalización como un proceso que implica una serie de cambios que han alterado algunas características del mundo moderno, pero sin llegar a transformarlo definitivamente. En efecto, el cambio no ha sido total puesto que, en el terreno estrictamente político,

<sup>1</sup> Entre sus exponentes pueden citarse Hans Morgenthau (*Politics among nations*) y E.H. Carr (*The Twenty Years Crisis*).

<sup>2</sup> BURCHILL, Scott. «*Realism and Neo-realism*», en: BURCHILL, Scott y Andrew LINKLATER. *Theories of International Relations*. New York: St. Martin's Press, 1996, p. 81.

<sup>3</sup> Las empresas transnacionales son un ejemplo de estos nuevos actores no estatales que han cobrado importancia durante el proceso actual de globalización. Otro ejemplo, esta vez negativo, de un nuevo actor no estatal es el proporcionado por las organizaciones terroristas de alcance global.

<sup>4</sup> Por ejemplo, esfuerzos de integración como la Comunidad Europea.

<sup>5</sup> Por ejemplo, a través de las disposiciones sobre comercio internacional en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

pueden observarse aún en forma bastante clara los rasgos distintivos de la modernidad: (i) Estados nacionales<sup>6</sup>; y, (ii) soberanía<sup>7</sup>.

*El Estado-nación y la noción de soberanía, son creaciones propias de la modernidad -aparecieron durante el tránsito del Medioevo a la Edad Moderna- y siguen constituyendo los pilares básicos de organización política en la actualidad. En el plano nacional o interno, el Estado sigue reclamando para sí el monopolio de la violencia legítima, presentándose como el elemento garantizador de la convivencia pacífica en sociedad. El Estado es la persona jurídica de derecho público que detenta la soberanía; es cierto que el Estado ya no es el único actor que la posee y que ha tenido que compartirla con otros actores tanto al interior del propio Estado así como con actores supranacionales y transnacionales, sin embargo, se puede seguir afirmando que el Estado es el detentador de la soberanía por excelencia.*

En el plano político internacional, podemos reconocer aún con nitidez el orden internacional -basado en los denominados Estados nacionales- surgido de la Paz de Westfalia de 1648, la cual marcó, además del fin de la Guerra de los Treinta Años, el surgimiento del Derecho y la sociedad internacionales tal como los conocemos actualmente<sup>8</sup>. En efecto, la política del poder efectivo no ha desaparecido todavía. El sistema internacional sigue siendo hoy tan coordinado -gobernado por el principio de anarquía- y tan sujeto a las consideraciones propias del interés nacional de cada Estado, como lo fue a partir de 1648<sup>9</sup>. No es casual que las disposiciones sobre seguridad colectiva y

sobre prohibición del uso de la fuerza de la Carta de las Naciones Unidas sean en la actualidad todavía un aspecto programático que requiere un cabal cumplimiento en el futuro.

La pregunta que surge, desde el punto de vista realista, es la siguiente: ¿cómo afecta la globalización las capacidades de los Estados para diseñar políticas de competencia efectivas que garanticen sus intereses nacionales? La respuesta a esta pregunta requiere analizar de manera previa, al menos superficialmente, cuáles serían los efectos de la globalización en el plano económico internacional y, a partir de ello, determinar cuáles podrían ser los intereses nacionales de los diversos Estados según su peso específico en el sistema internacional y qué diseño deberían tener las respectivas políticas de competencia nacionales a fin de responder adecuadamente a dichos intereses.

### 3. Los efectos de la globalización en el plano económico internacional

La globalización, en el terreno económico, implica fundamentalmente la supresión de las barreras al libre comercio y mayor integración de las economías nacionales<sup>10</sup>. En el plano económico internacional, si bien aún no se puede hablar propiamente de la empresa como sujeto de derecho internacional, es cierto que el peso específico de las corporaciones transnacionales -beneficiadas por la movilidad del capital y el esquema de empresas-red que han implementado- y de la banca multinacional, en las relaciones políticas al interior de los países y entre los países, se ha visto potenciado con la globalización.

<sup>6</sup> Las unidades básicas del sistema internacional a las que se refiere Waltz.

<sup>7</sup> Aunque con las limitaciones planteadas por los nuevos actores no estatales -empresas transnacionales y grupos terroristas de alcance global-, por los procesos de integración y la regulación internacional de ciertos asuntos.

<sup>8</sup> El proceso de formación de la sociedad internacional se inició, por supuesto, mucho antes de la Paz de Westfalia, hacia el momento de la aparición de los primeros Estados nacionales modernos en la Europa de fines del siglo XV y principios del XVI. El elemento central en la aparición de los Estados modernos fue el retroceso de la cristiandad ante el desarrollo de las naciones, retroceso que se ve reflejado en el ocaso de los dos poderes tradicionales de la Edad Media, el Papa y el Emperador (Sobre este punto, cfr. BRAUDEL, Fernand. *A History of Civilizations*. New York: Penguin Books, 1993, p. 323). Adicionalmente al surgimiento del nuevo Estado moderno, las estructuras mentales sufrieron un cambio que llevó a una nueva forma de comportarse en sociedad que diferenciaba con total claridad los planos de lo público -lo que era permisible en público sin vergüenza ni escándalo- y aquello que debía ser ocultado de la vista, correspondiente al plano de lo privado (Sobre este tema, ver, ARIES, Philippe y Georges DUBY (editores). *A History of Private Life. Passions of the Renaissance*. Cambridge: Harvard University Press, 1989, t. III, pp. 15-16). Es innegable que, tanto la modificación de las estructuras mentales como el retroceso de los poderes tradicionales medievales fueron hechos progresivos y graduales; de este modo, por ejemplo, en 1496 todavía era posible observar al Papa Alejandro VI actuando como árbitro supremo entre las naciones en el reparto del Nuevo Mundo entre españoles y portugueses. Sin embargo, la Reforma y las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII ocasionaron la definitiva derrota de la aspiración medieval a la universalidad de la cristiandad y su reemplazo por una sociedad internacional caracterizada por relaciones de coordinación y no de subordinación, políticamente signada por el sistema de balance de poder (Para una perspectiva política de este tema, ver, KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Touchstone, 1995, pp. 56-58. Para una perspectiva jurídica, ver, MALANCZUK, Peter (editor). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7a.ed. London: Routledge, 1997, pp. 9-11). La Contra-Reforma, sostenida con el dinero español en tiempos de Felipe II -y antes, en la época de Carlos I, en su doble condición de monarca español y Emperador del Sacro Imperio- (Sobre el proceso histórico conocido como Contra-Reforma, ver, JONHSON, Paul. *A History of Christianity*. New York: Touchstone, 1995, pp. 279-286; 298) constituye uno de los últimos rezagos del pensamiento de la cris-

tiandad medieval, pensamiento que puede detectarse en el propio emperador Fernando en su confrontación con la Francia de Richelieu. Precisamente, Armand Jean du Plessis, Cardenal de Richelieu, Primer Ministro de Francia de 1624 a 1642 es considerado el padre del sistema coordinado de Estados y el forjador del concepto de *raison d'état*, tal como señala KISSINGER: «*Few statesmen can claim a greater impact on history. Richelieu was the father of the modern state system. He promulgated the concept of raison d'état and practiced it relentlessly for the benefit of his own country. Under his auspices, raison d'état replaced the medieval concept of universal moral values as the operating principle of French policy. Initially, he sought to prevent Habsburg domination of Europe, but ultimately left a legacy that for the next two centuries tempted his successors to establish French primacy in Europe. Out of the failure of these ambitions, a balance of power emerged, first as a fact of life, then as a system for organizing international relations.*» (KISSINGER, Henry. *Op. cit.*, pp. 58-59). Durante los siglos XVII y XVIII, Francia luchó por obtener la supremacía en Europa. La Revolución no detuvo el viejo sueño de establecer la supremacía francesa en Europa, únicamente cambió su motivación política: el concepto de *raison d'état* fue reemplazado por el interés de expandir los ideales republicanos por toda Europa. No obstante el cambio de enfoque o justificación -en nombre de la libertad, fraternidad e igualdad-, el hecho cierto es que la última década del siglo XVIII y las dos primeras del siglo XIX fueron testigos del surgimiento de una nueva amenaza de dominio francés del continente europeo. Precisamente, la reorganización del balance de poder europeo que siguió a las Guerras Napoleónicas, acentuado luego de la Guerra Franco-Prusiana de 1870, dio origen al sistema denominado Concerto de Europa. La Primera Guerra Mundial produjo una nueva reorganización de poderes, buscándose, al finalizar ésta, una mejor coordinación y una limitación mayor del uso de la fuerza -esto último tal vez debido, parcialmente, a una mejora en la tecnología militar de destrucción masiva. Un ejemplo de esta búsqueda lo brinda el Pacto Briand-Kellog de 1928 contra la guerra (Tratado de París de 1928 sobre renuncia a la guerra como instrumento de política).

<sup>9</sup> Es más, la visión realista de las relaciones internacionales puede identificarse aún en la estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos. Ver, The National Security Strategy of the United States of America. September 2002. <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>

<sup>10</sup> STIGLITZ, Joseph E. *El Malestar en la Globalización*. Madrid: Suma de Letras, 2003, p. 13.

Los efectos de la globalización en las capacidades de los Estados pueden observarse en el terreno económico y plantean desafíos a su seguridad nacional a través de su impacto en el crecimiento y en las condiciones de estabilidad de las sociedades, tal como lo reconoce la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América<sup>11</sup>. Esto concuerda con los postulados realistas de las relaciones internacionales, acogiendo, correctamente, una visión integral del concepto de seguridad nacional, el cual incluye una dimensión económica.

En términos objetivos, no puede aceptarse una visión totalmente optimista de la globalización, ya que este fenómeno no implica el crecimiento instantáneo y homogéneo tanto para países ricos como pobres. Tampoco puede aceptarse una visión totalmente pesimista de la globalización, puesto que este fenómeno no implica la expansión incontrolada de una pequeña élite global explotadora del resto de la población mundial. La globalización, más bien, tiene efectos intermedios, beneficiosos para muchos –los países más ricos, cuyo crecimiento se basa en la innovación tecnológica y, los países de bajos ingresos, cuyo crecimiento se basa en el bajo precio de su mano de obra- pero donde los países intermedios –como los latinoamericanos- se han visto perjudicados, debido a que no pueden competir ni sobre la base de la innovación tecnológica ni sobre la base de mano de obra de precio bajo<sup>12</sup>.

La globalización presenta –bajo la forma de desafíos derivados de la disminución de las capacidades de los Estados- diversas áreas de oportunidad para reconvertir el accionar estatal y desarrollar nuevas actividades de una manera diferente, por ejemplo, regulando la actuación de los nuevos poderes no estatales –empresas transnacionales y banca internacional-, diseñando políticas de competencia destinadas a regular las conductas de los agentes privados de alcance global o regulando los mercados de capitales a fin de impedir la volatilidad y la inestabilidad macroeconómica derivada de ella.

Este fenómeno, observado desde el punto de vista de sus efectos en la economía de los países en desarrollo, plantea desafíos a la estabilidad macroeconómica, sobre todo, desafíos provenientes del campo del mercado de capitales. Al respecto, es interesante el ejemplo proporcionado por la actitud tomada por Malasia y China frente a la liberalización del mercado de capitales. A pesar que podría pensarse que no desregular rápida y totalmente los mercados de capitales podría desincentivar o detener la llegada de capitales e inversiones necesarios para hacer crecer la economía del país<sup>13</sup>, los efectos positivos de la cautela mostrada por los gobiernos de Malasia y China frente a la desregulación total del mercado de capitales contrastan con los efectos nocivos de una desregulación total –con la consiguiente inestabilidad macroeconómica- observada en el sudeste asiático. Actualmente, se reconoce que los capitales especulativos no sirven para el crecimiento de un país sino, por el contrario, sirven para generar inestabilidad macroeconómica debido a su volatilidad<sup>14</sup>.

En el terreno económico –particularmente en lo que atañe al mercado de capitales-, la globalización no implica la desaparición del Estado y la caducidad de las políticas económicas nacionales, por el contrario, el mayor alcance y la mayor complejidad de los problemas en el terreno de la regulación del mercado de capitales, hacen necesarias políticas económicas nacionales mucho más decididas y creativas que permitan obtener las ventajas de la globalización y desechar los efectos negativos que se producirían por la falta de control. Ahora nos resta analizar qué papel le toca jugar al Estado en cuanto a la globalización de los mercados de bienes y servicios, en particular, en cuanto al diseño de la política de competencia.

#### 4. La dimensión internacional del Derecho de la Competencia

La presente sección tiene como objetivo presentar algunos alcances acerca de la relación entre el fenómeno de la globalización y las políticas nacionales de competencia. En otras palabras, se analizarán los desafíos planteados por la liberalización de los mercados de bienes, a las actuaciones de los diversos Estados nacionales –e incluso bloques regionales- en materia de políticas de competencia<sup>15</sup>.

La globalización, a través del surgimiento de mercados geográficos que se extienden más allá de las fronteras de los Estados e incluso de mercados de dimensión mundial<sup>16</sup>, plantea desafíos significativos para las diversas autoridades nacionales de Defensa de la Competencia.

Una revisión inicial y rápida del fenómeno de la globalización permite identificar desafíos, que podríamos denominar tradicionales, a las capacidades de los Estados en cuanto a la formulación de sus políticas nacionales de competencia: los efectos económicos de los cárteles, del abuso del poder de mercado y de las fusiones, no se detienen ante las fronteras nacionales<sup>17</sup>. Algunos ejemplos de cárteles de alcance global los proveen el cártel de la OPEP<sup>18</sup> y el cártel de las vitaminas. Un ejemplo de abuso de posición dominante de alcance global lo proporciona el caso Microsoft y, finalmente, casos de fusiones de dimensión internacional se han observado en los mercados de automóviles, aluminio y telecomunicaciones.

##### 4.1. Los desafíos tradicionales a las políticas nacionales de defensa de la competencia

El cártel de las vitaminas<sup>19</sup> es un ejemplo de cártel global, conformado por empresas domiciliadas en Suiza, Alemania, Francia, Países

<sup>11</sup> The National Security Strategy of the United States of America. September 2002. <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>

<sup>12</sup> Sobre este tema, ver, GARRETT, Geoffrey. «Globalization's Missing Middle», p. 84-96, en: *Foreign Affairs*. New York. Vol.83. Nº 6 (noviembre-diciembre 2004).

<sup>13</sup> La receta del Fondo Monetario Internacional para el crecimiento, aplicada antes de la crisis del Este asiático.

<sup>14</sup> Sobre este tema, es interesante el análisis contenido en: STIGLITZ, Joseph E. *Ob. cit.*, capítulo 4: La crisis del Este asiático. De cómo las políticas del FMI llevaron al mundo al borde de un colapso global.

<sup>15</sup> En este caso, la referencia es a los desafíos planteados por la globalización a la actuación de las autoridades nacionales de competencia frente a la actuación de empresas transnacionales en mercados ampliados.

<sup>16</sup> Manifestaciones de la globalización relevantes para fines del análisis de los desafíos planteados al Estado por la liberalización del comercio. Ver, EPSTEIN, Richard A. y Michael S. GREVE (editores). *Competition Laws in Conflict. Antitrust Jurisdiction in the Global Economy*. Washington: The American Enterprise Institute Press, 2004, p. ix.

<sup>17</sup> WHISH, Richard. *Competition Law*. 5a.ed. London: LexisNexis, 2003, p. 427.

<sup>18</sup> Este es un cártel especial que plantea graves problemas a la economía mundial debido a su inmunidad a investigaciones y acciones por parte de las autoridades de competencia –incluyendo a las de los Estados Unidos de América y a las de la Comunidad Europea-, originada en la composición de sus miembros, los cuales son Estados nacionales y no empresas que realizan actividad económica. A nivel jurídico no existe ningún remedio efectivo que los Estados afectados puedan adoptar contra los efectos nocivos de las conductas desplegadas por el Cártel de la OPEP. Ver, WHISH, Richard. *Ob. cit.*, loc.cit.

<sup>19</sup> Integrado por: F. Hoffmann-La Roche AG, BASF AG, Aventis SA, Lonza AG, Solvay Pharmaceuticals BV, Merck KgaA, Daichi Pharmaceutical Co. Ltd, Eisai

Bajos y Japón, cuyos efectos fueron de dimensión internacional, habiendo merecido investigación y sanción por parte de la Comisión Europea y las autoridades de competencia norteamericana, canadiense y australiana, debido a la alteración de las condiciones de competencia del mercado de las vitaminas a nivel global.

Tal como lo reconociera expresamente la Comisión Europea, en virtud del principio de territorialidad, la legislación comunitaria –así como aquella de los demás países que investigaron y sancionaron a los integrantes del cártel– es aplicable únicamente a las restricciones de la competencia cuyos efectos se produzcan en el mercado comunitario o nacional, para el caso de las legislaciones nacionales norteamericana, canadiense y australiana<sup>20</sup>.

Podemos observar que, la conducta desplegada por el cártel de las vitaminas involucró la cooperación de empresas domiciliadas en distintos territorios y tuvo efectos en diversas jurisdicciones, lo cual hizo necesaria la intervención de diversas autoridades de competencia. Una constatación inicial permite identificar un primer problema: la legislación nacional se limita a sancionar los efectos de la conducta restrictiva de la competencia en el mercado nacional, por lo cual, para lidiar con un cártel internacional, será necesaria la intervención de tantas autoridades de defensa de la competencia como mercados nacionales sean afectados. De este primer problema, podemos derivar un segundo problema mucho más real que se relaciona con las capacidades de los Estados puesto que en política internacional, no todos los Estados tienen las mismas capacidades. Si esto es cierto en el plano tradicional de la seguridad internacional, también lo es en el plano de los flujos comerciales internacionales.

El caso Microsoft aporta un ejemplo del ejercicio abusivo de una posición dominante en el mercado por parte de una empresa domiciliada en los Estados Unidos con operaciones en múltiples jurisdicciones<sup>21</sup>. La conducta de Microsoft Corporation fue objeto de investigación por parte de las autoridades norteamericanas<sup>22</sup> y de la Comisión Europea; esta última, encontró que dicha empresa era responsable por la infracción del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el artículo 54 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, materializada en: (a) la negativa a proporcionar la información de

interoperabilidad y a permitir su uso para el propósito de desarrollar y distribuir sistemas operativos para servidores, desde octubre de 1998 hasta marzo de 2004; y, (b) condicionar la disponibilidad del sistema operativo para PC Windows a la adquisición simultánea del sistema reproductor Windows Media Player, desde mayo de 1999 hasta marzo de 2004<sup>23</sup>.

De manera similar que en el caso del cártel de las vitaminas, podemos observar que, la conducta desplegada por una empresa domiciliada en un territorio determinado tuvo efectos en diversas jurisdicciones, lo cual hizo necesaria la intervención de diversas autoridades de competencia. Nuevamente, podemos observar que la actuación de la Comisión Europea bajo el amparo de la legislación comunitaria se limitó a sancionar los efectos de la conducta abusiva en el mercado comunitario –mientras que la actuación de las Cortes norteamericanas buscaba sancionar a la empresa por los efectos de su conducta en el mercado norteamericano–, en virtud del principio de territorialidad. Este hecho hace que, para lidiar con una conducta abusiva desplegada por una empresa transnacional de alcance global, será necesaria la intervención de tantas autoridades de defensa de la competencia como mercados nacionales sean afectados. Esto vuelve a traer a colación el problema de las capacidades reales de los Estados para exigir el cumplimiento de sus legislaciones nacionales de competencia. Este es el problema del que nos ocuparemos, precisamente, en la siguiente sub-sección.

#### 4.2. El diseño de una política de competencia y las capacidades de los Estados

Los problemas que los mayores flujos internacionales en el comercio de bienes representan para las autoridades nacionales de competencia de los Estados nacionales –e incluso para una autoridad de alcance regional, como la Comisión Europea– se han ido incrementando durante las últimas décadas. Tal como hemos podido observar en la sub-sección precedente, no se trata solamente de los problemas propios de los cárteles transfronterizos, del abuso de posición dominante de empresas de alcance global ni de fusiones internacionales –aquellas son solamente las manifestaciones superficiales del verdadero problema–; la dimensión internacional de la defensa de la competencia incluye asuntos de coordinación, cooperación y planteamiento estratégico del diseño de las políticas nacionales –y regionales– acordes con las capacidades reales de cada Estado involucrado.

En un primer momento, el desafío planteado por el impacto negativo de las conductas desarrolladas por las empresas de alcance global, intentó ser solucionado por las autoridades nacionales a través de la denominada «*Doctrina de los Efectos*». De acuerdo con dicha doctrina, las autoridades nacionales reclaman y asumen jurisdicción sobre cualquier conducta o concentración empresarial que afecte el mercado doméstico, sin importar el lugar de origen de la conducta o concentración<sup>24</sup>. No obstante el avance que esta solución representa respecto a una situación en la que la autoridad nacional no cuenta con una herramienta legal para enfrentar el problema, sigue siendo una

Co. Ltd, Kongo Chemical Co. Ltd, Sumitomo Chemical Co. Ltd, Sumika Fine Chemicals Ltd, Takeda Chemical Industries Ltd y Tanabe Seiyaku Co. Ltd. Ver, Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2001 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512-Vitaminas). Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 10 de enero de 2003. L 6/1.

<sup>20</sup> Puntos 772 y 773 de la Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2001 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512-Vitaminas). Para mayor información, ver, WHISH, Richard. *Ob. cit.*, pp. 457-459.

<sup>21</sup> Microsoft Corporation es una empresa domiciliada en Redmond, Estado de Washington, Estados Unidos de América, dedicada a la fabricación, otorgamiento de licencias y mantenimiento de una amplia variedad de software para computadoras. Microsoft emplea 55 000 personas alrededor del mundo. Microsoft Europa, Medio Oriente & África controla las actividades en el Área Económica Europea desde el distrito La Défense de París. Ver, Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft).

<sup>22</sup> En 1998, los Estados Unidos y veinte Estados demandaron a Microsoft bajo los alcances de la Sherman Act. La demanda estaba relacionada con varias acciones tomadas por Microsoft en relación con el navegador de internet de Netscape y con la tecnología Java de Sun Microsystems, Inc.

<sup>23</sup> Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft).

<sup>24</sup> KERBER, Wolfgang y Oliver BUDZINSKI. «*Competition of Competition Laws: Mission Impossible?*», en: EPSTEIN, Richard A. y Michael S. GREVE (editores). *Ob. cit.*, p. 44-45.

solución imperfecta debido a cuestiones de poder específico de los Estados que intentan utilizar esta doctrina y al comportamiento estratégico que pueden desarrollar éstos a fin de favorecer sus legítimos intereses nacionales.

La doctrina de los efectos naturalmente enfrenta problemas de aplicación generales, relacionados con la investigación, la recopilación de información y la ejecución de las decisiones en el territorio de otros Estados. Asimismo, un problema particular que surge del distinto grado de poder específico de los diferentes Estados, consiste en la imposibilidad real por parte de los países en vías de desarrollo para exigir el cumplimiento de sus disposiciones en materia de competencia a grandes empresas transnacionales, mientras que los países desarrollados –es decir, aquellos con grandes e importantes mercados- serán capaces, en todos los casos, de garantizar el cumplimiento de sus pronunciamientos, incluyendo aquellos que podrían ser utilizados con fines proteccionistas<sup>25</sup>. Esta utilización proteccionista de las disposiciones en materia de competencia podría incrementarse en el futuro como consecuencia de la dificultad de aplicar medidas proteccionistas directas al comercio en el marco de las reglas de la Organización Mundial del Comercio, las cuales restringen la discrecionalidad estatal en esta materia<sup>26</sup>.

La teoría del comercio estratégico<sup>27</sup> sostiene que, en aquellos sectores donde la producción tiene rendimientos crecientes de escala, la organización industrial monopólica será común y, adicionalmente, a mayores niveles de comercio internacional, habrán mayores niveles de concentración industrial. Las opciones de los países que no cuentan con industrias con rendimientos crecientes de escala –es decir, que no son productores sino consumidores-, se encuentran limitadas por la participación que tengan del mercado global de los bienes producidos por dichas industrias. Los países con pequeñas cuotas de mercado, no se encontrarán en capacidad real de alterar la concentración del mercado, mientras que los países con grandes participaciones del mercado global podrán forzar a los productores a internalizar los costos del cumplimiento de sus regulaciones a favor de sus consumidores locales<sup>28</sup>.

Puede concluirse que las reglas del Derecho Internacional Público y de las disposiciones internas en materia de Derecho de la Competencia no proporcionan respuestas adecuadas a los desafíos planteados por la globalización en cuanto a la expansión de mercados y mayor alcance de las conductas de empresas transnacionales<sup>29</sup>. Las capacidades de los Estados –e incluso de los bloques regionales-, por tanto, se ven limitadas e insuficientes para afrontar comportamientos anticompetitivos de actores no estatales que tienen alcance global, así como para afrontar los potenciales efectos restrictivos en la competencia de operaciones de concentración empresarial de dimensión internacional.

La situación descrita líneas arriba es un desafío a la seguridad nacional –entendida como concepto integral-, tal como lo reconoce la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos:

*A return to strong economic growth in Europe and Japan is vital to U.S. national security interests. We want our allies to have strong economies for their own sake, for the sake of the global economy, and for the sake of global security. [...]*

*The concept of «free trade» arose as a moral principle even before it became a pillar of economics. If you can make something that others value, you should be able to sell it to them. If others make something that you value, you should be able to buy it. This is real freedom, the freedom for a person –or a nation- to make a living. To promote free trade, the United States has developed a comprehensive strategy:*

- *Seize the global initiative. [...]*
- *Press regional initiatives. The United States and other democracies in the Western Hemisphere have agreed to create the Free Trade Area of the Americas, targeted for completion in 2005.[...]»<sup>30</sup>*

La cita anterior permite observar que los intereses nacionales de los Estados Unidos de América apuntan a la expansión del comercio libre en el mundo como mecanismo para la estabilidad económica y política, a fin de servir a sus objetivos de seguridad nacional. Esto es positivo para los Estados Unidos y puede ser positivo para los demás países si, en primer lugar, definen cuáles son sus intereses nacionales en la materia y, a partir de ellos, diseñan sus políticas nacionales, incluyendo la política de competencia.

Una advertencia preliminar en el diseño de cualquier política nacional de competencia que busque ser efectiva es la referida al –en palabras de Karl Polanyi- mito del libre mercado. De acuerdo con dicho autor, nunca ha existido en la historia un mercado verdadera y absolutamente libre. De ello se deriva que, los Estados deben cumplir un rol activo para proteger a sus industrias, promover nuevas tecnologías y promover la competencia<sup>31</sup>. El problema radica en cómo coordinar estos objetivos.

En términos realistas, la cooperación internacional en materia de defensa de la competencia –como todo tipo de cooperación internacional o mantenimiento de alianzas- no puede darse por garantizada y, por tanto, tampoco puede hacerse descansar el diseño de una política nacional de competencia en la idea de cooperación. Un enfoque más adecuado consiste en analizar los intereses nacionales de otros actores –estatales y no estatales- del sistema internacional, a fin de buscar las fortalezas que podrían construirse o las debilidades que podrían explotarse.

En el caso de actores estatales con capacidades limitadas, por ejemplo, debido a la reducida dimensión de sus mercados nacionales, podría buscarse superar esta limitación a través de la construcción de una fortaleza conjunta con otros actores estatales que sufran la misma limitación, esto es, mediante la creación de un mercado común. Esto

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>27</sup> Desarrollada por Paul Krugman.

<sup>28</sup> STEPHAN, Paul B. «*Against International Cooperation*», en: EPSTEIN, Richard A. y Michael S. GREVE (editores). *Ob. cit.*, p. 70.

<sup>29</sup> WHISH, Richard. *Ob. cit.*, p. 446.

<sup>30</sup> The National Security Strategy of the United States of America. September 2002. pp.17-18. <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>

<sup>31</sup> STIGLITZ, Joseph E. «*Estudio introductorio. P. xiii*», en: POLANYI, Karl. **The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time**. 2a.ed. Boston: Beacon Press, 2001.

no es equivalente a la aceptación de una suerte de principio de cooperación voluntaria universal –el cual hemos negado en el párrafo precedente- sino que significa la construcción de una alianza estratégica interesada fundamentalmente en el servicio de los intereses nacionales de cada Estado participante en la referida alianza. El mercado común haría que las empresas que busquen operar en él tengan necesariamente –debido a la agregación de las capacidades de todos los Estados que lo integran- que cumplir con las disposiciones sobre defensa de la competencia vigentes en éste. Las empresas ya no contarían con la alternativa de utilizar la amenaza de una retirada de un mercado nacional de dimensiones reducidas ante disposiciones en materia de competencia poco convenientes a sus intereses; debido a las dimensiones ampliadas del mercado común, retirarse de dicho mercado sería lesivo a sus intereses empresariales, por lo que no habría alternativa sino participar en el mercado común cumpliendo las reglas vigentes en éste.

La alternativa del mercado común también reduciría las probabilidades de éxito de una retaliación económica por parte de un Estado –o bloque- con grandes capacidades. Las capacidades conjuntas del mercado común podrían hacer altamente probable una contra-retaliación exitosa que derive en un perjuicio significativo para ambas economías –tanto la del mercado común como la del Estado de grandes capacidades-; en este caso, al igual que en las cuestiones de seguridad internacional tradicionales, la lógica de la disuasión –el temor frente a la retaliación efectiva- se impondría sobre la lógica de la fuerza –el uso de la retaliación-, por lo que se podría hablar de la existencia de una situación de balance de poder económico.

Otra alternativa –complementaria a la formación de un mercado común- la constituye la identificación y explotación de intereses nacionales de los Estados con grandes capacidades –donde la mayor parte de las empresas transnacionales que van a operar en los Estados con menores capacidades- a fin de lograr la ejecución de las decisiones de las autoridades nacionales de competencia de los Estados con capacidades limitadas en el territorio de los primeros. En este caso, los intereses nacionales de los Estados con grandes capacidades referidos a desafíos propios de la globalización –tales como el terrorismo de alcance global, el narcotráfico internacional, el acceso a recursos que no presentan sustitutos y los problemas medioambientales- podrían ser utilizados como elementos de la negociación de acuerdos para el reconocimiento y ejecución de las decisiones de las autoridades nacionales de competencia de los Estados con menores capacidades.

Paradójicamente, el cártel del petróleo de la OPEP es un ejemplo que podría servir como ilustración del modo de operación complementario de ambas alternativas. La formación de un cártel de países productores de un recurso indispensable, escaso, concentrado en una región específica del planeta y que no presenta sustitutos, fue capaz de desestabilizar la economía mundial, incluyendo, en primer lugar, las economías de los Estados con grandes capacidades. En el presente caso, la propuesta no consiste en la desestabilización de la economía mundial sino en la creación de una situación de balance de poder económico efectivo en la cual pueda enfrentarse exitosamente la combinación del poder económico de las empresas transnacionales y de los Estados con grandes capacidades que las albergan. La propuesta preliminar referida a la manera de lograr dicho objetivo consiste en la creación de un mercado atractivo para las empresas –aquel en el que ineludiblemente deban concurrir a fin de maximizar utilidades- y que, a la vez, sea inmune a la retaliación por parte de otros Estados debido tanto a la dimensión de dicho mercado en el escenario global como al control de recursos necesarios para el funcionamiento de otras economías o para la seguridad nacional de otros Estados.

Mientras el sistema internacional siga respondiendo a los principios de la teoría realista, es decir, mientras la estructura del sistema se encuentre caracterizada por el principio de anarquía y las unidades que interactúan dentro del sistema tengan como objetivo dominante la búsqueda del poder y la seguridad a fin de asegurar su propia supervivencia, la manera de enfrentar los desafíos que plantea la globalización en el terreno de las políticas nacionales de competencia no puede ser otra que, paradójicamente, cartelizar, de alguna manera, las referidas políticas nacionales a través de la conformación de un mercado común y la utilización de elementos de negociación –en principio, ajenos al mercado y a la política de competencia- a fin de asegurar la efectividad real de esas políticas de competencia frente a actores –estatales y no estatales- con mayores capacidades individualmente considerados. Para finalizar, recordamos la advertencia inicial, referida a que el presente documento únicamente busca presentar, preliminarmente, los problemas que el fenómeno de la globalización plantea a las diversas políticas nacionales de defensa de la competencia, de acuerdo con las distintas capacidades de los Estados que integran el sistema internacional, de manera consistente con los principios de la teoría realista. A partir de este enfoque preliminar, el problema se encuentra abierto a discusión y a la presentación de otras alternativas.