

Defensa de la competencia en la Comunidad Andina

Importancia y problemática

José Antonio de la Puente León

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM Chicago University.

1. Antecedentes.

1.1. Apertura comercial y política de competencia.

El proceso de liberalización comercial tuvo importantes avances en la década del noventa. Las reformas estructurales en particular de apertura comercial impulsadas en un gran número de países en desarrollo facilitaron el logro de consensos para el establecimiento de un nuevo marco normativo del comercio internacional (Acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT⁽¹⁾), así como para la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), como el esquema institucional donde además de continuarse el proceso de liberalización, se resolverían las disputas comerciales y se harían cumplir las nuevas reglas del comercio mundial.

De manera paralela a la definición de las reglas fundamentales del comercio internacional de bienes y servicios en el ámbito multilateral (OMC), los países tomaron conciencia que su apuesta por un sistema de comercio abierto debía dirigirse a lograr la apertura negociada de mercados en el exterior. Así, se inició una secuencia de negociaciones de acuerdos bilaterales de libre comercio y complementación económica para ampliar las corrientes comerciales existentes y

otorgarles estabilidad. Esta visión se convirtió en una necesidad cuando las mejoras logradas por los países vinculados por estos acuerdos mejoraban la competitividad de sus empresas en dichos mercados, en detrimento de las exportaciones de otros orígenes que debían pagar aranceles normales⁽²⁾.

La necesidad de negociar bilateralmente se creó igualmente como una fórmula para competir por los flujos de inversión extranjera, porque además de ofrecerse a los potenciales inversionistas reglas de juego claras y una economía ordenada, podía ofrecerse proyección exportadora a través del acceso preferencial a mercados extranjeros atractivos.

En este contexto de apertura comercial latinoamericano, el ingreso de nuevos productos amplió las opciones de los consumidores quienes en el proceso de buscar la mejor calidad al menor precio para satisfacer sus necesidades y maximizar sus recursos, fueron identificando ganadores y perdedores en la lucha competitiva. Esto significó que muchas empresas que nacieron y se desarrollaron al amparo de un mercado cerrado para dedicarse a atender el mercado interno nacional, fueran desplazadas por las importaciones -en aquel momento mucho más baratas y eficientes-, y que otras empresas tuvieran que reestructurar su producción y desarrollar las eficiencias

(1) Los Acuerdos Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, fueron por primera vez de obligatoria aplicación para todos los miembros de la OMC, conforme a los compromisos específicos acordados por cada uno de ellos. Todos estos Acuerdos están sujetos a la aplicación del Entendimiento de Solución de Diferencias de dicha Organización.

(2) Como parte de estos esfuerzos de negociación, en el continente americano destacan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, Estados Unidos y México, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) suscrito entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; la Comunidad Andina profundizada con aprobación de la Decisión 414, y una serie de Acuerdos Bilaterales de Comercio e Inversión entre los principales exportadores de la región. Entre los países que con mayor decisión y éxito negociaron acuerdos bilaterales de comercio en el marco de ALADI, destacan México y Chile, los cuales lograron acuerdos relevantes y modernos con casi la totalidad de sus socios comerciales en la región.

que les permitieran sobrevivir, en ocasiones especializándose en ciertas líneas de producción o combinando la atención del mercado local con ventas a mercados del exterior.

De esta forma, la liberalización comercial contribuyó a generar mayores niveles de competencia en los mercados de bienes y servicios y, de manera natural, está ayudando a disciplinar las conductas monopólicas o restrictivas pre-existentes.

Independientemente de lo anterior, los países latinoamericanos tomaron conciencia de que para que el mercado funcione y el consumidor pueda “elegir” entre una multiplicidad de opciones, debía complementarse la política de apertura comercial con una política de competencia que impida que las barreras “públicas” que otrora aislaban los mercados nacionales de la competencia externa, fueran sustituidas por barreras privadas que redujeran la oferta o la rivalidad de los participantes en el mercado.

En consecuencia, se fueron aprobando leyes e implementando agencias de defensa de la competencia, las mismas que tenían el difícil rol de defender los intereses difusos de los consumidores directamente afectados por las prácticas restrictivas, en contra de los poderosos intereses de las empresas beneficiadas por la generación de ganancias “monopólicas” (superiores a las que se producirían a nivel de competencia), obtenidas mediante la limitación de la rivalidad.

Como explica Joel Klein⁽³⁾, un fuerte interés en mantener mercados libres defendidos por la aprobación de sólidas normas de competencia y su respectiva aplicación se ha esparcido en el mundo en la década pasada. Más de 80 países ahora cuentan con algún tipo de leyes de defensa de la competencia (el 60 por ciento de las cuales fueron introducidas en los 90), y alrededor de otros 20 países están en el proceso de elaborar dichas leyes. Estos países representan el 80 por ciento de la producción mundial y el 86 por ciento del comercio mundial⁽⁴⁾. Adicionalmente, más de 50 países han establecido regímenes de notificación previa de fusiones y adquisiciones y muchas agencias de competencia, incluyendo las de países en desarrollo, cuentan con programas activos de aplicación de sus normas de competencia.

Debe tenerse en cuenta, que el establecimiento de leyes de defensa de la competencia resulta casi inútil si no es acompañado con la implementación de

autoridades investigadoras independientes y debidamente capacitadas y respaldadas para cumplir su función.

Las agencias de competencia iniciaron su labor fiscalizadora pero a la vez educativa, señalando a las empresas límites de la libertad de empresa y de contratación. En el Perú por ejemplo, no puede dejar de destacarse el impacto obtenido con las investigaciones a los productores de productos alimenticios como la harina de trigo y el pollo, las sanciones contra la operación de los seguros obligatorios para el transporte de pasajeros, entre los más sonados casos investigados por concertación en el Perú.

Más allá de los casos investigados, ha sido importante el rol vigilante y educador ejercido por el Indecopi, a través de opiniones e informes técnicos para sustentar decisiones de política económica y regulación. Autoridades de competencia con alrededor de 10 años de existencia en la región andina han tenido logros similares en beneficio de los mercados nacionales.

Es en este contexto que en 1995 se lanzan las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y que a finales de 1996 se inician negociaciones en materia de políticas de competencia. Dichas negociaciones, más allá de tener un horizonte de largo plazo, han logrado promover mayor interacción y coordinación entre las autoridades de competencia en el hemisferio, incluyendo intercambio de información y experiencias como paso previo para establecer canales de cooperación interagencias para la realización de investigaciones específicas. Del mismo modo, las negociaciones del ALCA contribuyeron a crear mayor conciencia sobre la importancia de las normas de competencia en los países que todavía no habían implementado dichas normas y permitieron establecer mecanismos de asistencia técnica para consultar proyectos de ley nacionales.

Al igual que en el ámbito hemisférico, la relación entre el comercio y la competencia fue priorizada en el ámbito de la OMC con la creación de un grupo de trabajo en la Conferencia Ministerial realizada en Singapur en 1996. Como veremos más adelante, las discusiones realizadas en ese marco han permitido reforzar aún más los nexos entre la política comercial y las políticas de competencia, así como identificar las áreas que ofrecen mayor dificultad para lograr compatibilizar los objetivos técnicos y estratégicos que

(3) KLEIN, Joel. *A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization and a Practical Way Forward on International Antitrust*. Conferencia de Comercio y Competencia de la OECD. París, 29-30 de junio de 1999.

impulsan y conducen ambas políticas. Ambos antecedentes son sumamente relevantes para reforzar la cooperación de países en este ámbito.

2. Importancia de contar con un Marco de Competencia Internacional.

Los tratadistas que analizan la necesidad de incluir normas de competencia de alcance internacional en la OMC y otros foros, precisan tres objetivos básicos para dichas normas:

a) Garantizar la efectividad de los derechos de acceso a mercados resultantes de la liberalización comercial.

b) Propagar una “cultura de competencia” en el mundo creando la obligación de establecer leyes de competencia basadas en algunos principios fundamentales, teniendo en cuenta que una política de competencia es un componente esencial en una economía de mercado moderna.

c) Lograr que la aplicación efectiva (y coordinada) de normas de competencia sirva como elemento disuasivo para la operación de cárteles internacionales y la realización de prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos que afecten los derechos de los consumidores y resten competitividad a las economías incapaces de sancionarlos.

Consideramos que estos objetivos reflejan fielmente los fines que mueven a los países andinos a establecer normas de competencia efectivas en el sistema andino de integración. A continuación explicaremos las posiciones que apoyan el establecimiento de normas de competencia a nivel internacional así como las voces discordantes y analizaremos brevemente los elementos que pueden aplicarse a la realidad de la integración comunitaria andina.

2.1. Defensa del acceso a mercados negociados.

Preservar el acceso a mercados negociados es el objetivo clásico de las negociaciones comerciales internacionales. Sin embargo, la apertura comercial, como hemos explicado, tiene un efecto “disciplinador” de las restricciones privadas a la competencia porque promueve una oferta ilimitada a través de la importación. Incluso un monopolista orientado al mercado doméstico podrá verse forzado a renunciar a sus rentas

monopólicas cuando la importación de productos extranjeros le quita la capacidad de restringir la oferta y controlar los precios, y al extremo lo obliga a vender al “precio de competencia”, equivalente, en teoría, al precio internacional más los costos de importación.

De esta manera, se sostiene que en un mercado donde se están levantando las barreras al comercio: (i) las empresas que vean afectado su poder de mercado tendrán incentivos para restringir el acceso de las importaciones a través de prácticas anticompetitivas privadas; (ii) dichas prácticas privadas pueden estar apoyadas por regulaciones gubernamentales que favorecen, proveedores domésticos; y, (iii) aún cuando existan normas y autoridades de competencia en los países importadores, dichas autoridades pueden no aplicar efectivamente tales políticas en ciertos mercados (sectores), permitiendo que sus connacionales establezcan barreras que dificulten la entrada de sus competidores.

Como expone la doctora Merit Janow: “(m)ientras que las barreras comerciales se reducen y se van retirando como una ola de la orilla, la marea baja revela rocas y bancos de arena -que son las restricciones privadas y las restricciones gubernamentales no descubiertas. Asimismo, el comercio más libre promueve nuevas restricciones defensivas. Empresas enraizadas y las naciones mismas, enfrentan incentivos perversos para reconstruir barreras de frontera para fines nacionalistas privados, protegiendo la ahora vulnerable ventaja nacional”⁽⁴⁾.

De otro lado, incluso antes de lograrse avances significativos en la reducción de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio internacional, se reconocía que la no aplicación de normas de competencia limitaba de manera efectiva la importación extranjera. Durante los 80, por ejemplo, las dificultades que existían para acceder al mercado japonés se atribuían a las prácticas de integración vertical entre productores y distribuidores realizadas por grandes empresas japonesas con la tácita aceptación de sus autoridades. Ello permitía explicar por qué el mercado japonés era relativamente más cerrado a la competencia extranjera que otros mercados nacionales.

De otro lado, como expone Hindley, cuando los gobiernos de Australia, Canadá, Estados Unidos y la Unión Europea fueron requeridos a presentar ejemplos de la interacción entre las políticas de comercio y de

(4) Reporte Final ICPAC. Capítulo I. Febrero, 2000. p. 33.

(5) JANOW, Merit. *Private and Public Restraints that Limit Access to Markets*. En: *Market Access after the Uruguay Round: Investment, Competition and Technology Perspectives*. Capítulo 5. OECD, 1996 (traducción libre).

competencia para un análisis de la OECD en esta materia, la mayoría de los temas listados por ellos no involucraban acuerdos privados sino acuerdos en los que los gobiernos eran participantes esenciales. Dejando de lado varios casos vinculados a la aplicación del *antidumping* o de restricciones voluntarias a la exportación, la lista incluye monopolios de compra y distribución gubernamentales en tabaco (en Japón, Taiwán y Tailandia), en bebidas alcohólicas (en Canadá y Taiwán), y en carne de vacuno (en la República de Corea); el cártel del uranio apoyado por el gobierno australiano, barreras a la entrada en la venta minorista en el Japón, fijadas a través de la Ley de Tiendas Comerciales de Gran Escala; restricciones de mercadeo en Japón administradas por la Comisión de Comercio Leal (Fair Trade Commission); ventas de servicios de valor añadido en telecomunicaciones a proveedores estatales; compras de equipo eléctrico pesado por parte de empresas de servicios públicos estatales de la Unión Europea, la excepción a los cárteles de exportación de las normas de competencia y las políticas de comercio inspiradas en política industrial⁽⁶⁾.

Como resultado de esta preocupación, se fue reconociendo que la liberalización comercial debe ir acompañada con una sólida política de competencia. Ello no solamente contribuiría a lograr un comercio más intenso y participativo (con los efectos procompetitivos ya comentados), sino que extendería una cultura de competencia saludable para las economías nacionales.

De esta manera preservar el acceso a los mercados logrado a través de la liberalización comercial ha sido el objetivo central del análisis de la interacción del comercio y la libre competencia en los últimos años y aún constituye un elemento importante en las iniciativas más recientes de negociación de políticas de competencia como las realizadas en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas-ALCA, y de manera más cercana, en la propia Comunidad Andina.

2.1.1. Aspectos negativos de centrar la interacción de comercio y competencia en el objetivo de preservar el acceso a los mercados.

A través de las discusiones realizadas en el Grupo de Trabajo de Comercio y Competencia de la OMC, se han precisado los objetivos fundamentales de la interacción de estas políticas, y según varios analistas,

ha ido perdiendo fuerza el objetivo casi medular de preservar el acceso a mercados con la aprobación de estándares mínimos de competencia a nivel internacional.

Resulta claro que aunque la liberalización del comercio es una poderosa política “pro competitiva”, establecer una política de competencia orientada al objetivo de acceso a mercados puede llevarnos -en el análisis específico de las estructuras o conductas en cuestión- a priorizar el interés de los exportadores en lugar que el interés de los consumidores (y del bienestar económico general). Esta precisión es importante porque puede explicar las diferencias de óptica que normalmente existen entre las autoridades comerciales y las autoridades de competencia en el análisis de la interacción de ambas políticas.

A diferencia de la reforma comercial donde la reducción de las barreras comerciales típicamente mejora tanto el acceso a mercados domésticos como la asignación de recursos, existen una serie de situaciones en las que impedir determinados acuerdos entre empresas podría promover acceso a mercados en detrimento de la eficiencia económica. Los potenciales efectos divergentes en acceso a mercados y eficiencia económica en ciertas decisiones de política, sugieren que el primero no será un guía adecuado para la formación de la segunda⁽⁷⁾.

Justamente muchas de las prácticas restrictivas analizadas como típicamente limitantes del acceso a mercados como son ciertos acuerdos horizontales, fusiones y adquisiciones, abusos de posición de dominio y sobre todo acuerdos verticales (de distribución) son prácticas que admiten justificación en ciertos casos por razones de eficiencia, por lo que su impedimento por mandato de un tratado internacional puede afectar la eficiencia, la innovación y los beneficios que, en determinados casos, estas prácticas puedan generar, tanto a las empresas que las realizan, como a los consumidores en mercados domésticos.

Las normas de competencia sancionan los acuerdos entre empresas que buscan falsear la lucha competitiva y reducir la rivalidad de los participantes en el mercado.

Así, son típicamente restrictivos los acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales) dirigidos a reducir su producción a niveles acordados o vender

(6) HINDLEY, Brian. *Competition Law and the WTO. Alternative Structures for Agreement*. En: *Fair Trade and Harmonization*. pp. 335-336 (traducción libre).

(7) HOLMES, Peter. En: HOECKMAN y otros. *Development, Trade and the WTO: A Handbook*. World Bank. p. 450.

sus productos a precios acordados o a repartir mercados. Estos acuerdos dan lugar a la formación de lo que se conoce como “cárteles”. Las empresas parte del cártel pueden obtener una renta monopólica de la misma manera que una empresa monopolista (fijando su oferta al nivel de maximización de beneficios del cártel, generando escasez y obteniendo un precio superior al que obtendrían las empresas individualmente en condiciones de competencia).

Los cárteles generalmente son sancionados porque imponen costos en los consumidores que son superiores a los beneficios que genera el cártel a favor de las empresas que se cártelizan. Estas prácticas en la gran mayoría de los casos restringen y encarecen las opciones de los consumidores obligándolos a buscar productos sustitutos menos convenientes para su decisión de consumo. De esta forma, los cárteles distorsionan la asignación eficiente de los recursos y destruyen los incentivos para el logro de la eficiencia productiva y la innovación que la economía de mercado busca. Ello los convierte en infracciones graves contra las normas antimonopolio pasibles de sanciones administrativas y eventualmente penales muy severas.

No obstante ello, ciertos acuerdos entre competidores que tienen limitados efectos restrictivos en la competencia pueden resultar a la larga favorables a los consumidores. Aunque son contadas, estas excepciones existen y están claramente identificadas para escapar de la regla de ilegalidad *per se* que se aplica de manera general a las concertaciones horizontales en varios países del mundo⁽⁸⁾.

Los acuerdos verticales por otra parte, son típicamente acuerdos de empresas que operan en distinto nivel en la cadena de producción o comercialización. Los acuerdos de distribución exclusiva son típicamente analizados en esta categoría.

Los acuerdos verticales pueden tener efectos restrictivos en ciertos casos, cuando son practicados por fabricantes que gozan de una posición dominante en el mercado y que por la vía contractual acuerdan relaciones duraderas de exclusividad con los principales distribuidores y establecen “barreras a la entrada” de nuevos ofertantes al mismo. Estos acuerdos obligan a los potenciales entrantes a asumir los costos de ingresar a dicho mercado en dos niveles

de operación en vez de uno (fabricante y distribuidor), sin permitirles acceder a los distribuidores experimentados ya establecidos. En este supuesto, la integración vertical y los acuerdos verticales entre empresas pueden limitar o encarecer el acceso a los mercados.

No obstante lo anterior, y a diferencia de los acuerdos entre competidores donde existen claros incentivos para reducir la rivalidad, en los acuerdos verticales el fabricante no cuenta con incentivos para promover una ganancia monopólica del distribuidor sino de incrementar su producción y ventas a través del logro de mayores niveles de eficiencia y alta calidad de servicio en la cadena de distribución, lo cual en principio no se opone sino favorece el funcionamiento de un mercado competitivo.

Ciertos sistemas de distribución exclusiva, incluso aquellos que fijan territorios, o limitan la competencia por precio entre los distribuidores, pueden generar eficiencias que permitan mayores y mejores opciones a los consumidores, así como la provisión de ciertos servicios pre y post venta que estos valoran y que no se podrían producir de no existir este sistema de contratación.

Resulta claro que un fabricante preferiría no invertir en capacitar, entrenar y desarrollar un distribuidor que venda conjuntamente con sus productos, los de su competencia, o no permitiría que ésta se beneficie de los esfuerzos de promoción que realice dicho fabricante para captar clientela. La exclusividad, de otro lado, permite la concentración del distribuidor en la venta de los productos de un sólo fabricante promoviendo economías de escala y reducción de los costos de contratación, operación y supervisión de ambos agentes (eficiencia distributiva), todo lo cual redundaría en una mayor y mejor oferta en beneficio del consumidor.

Por las razones expuestas, los acuerdos verticales merecen un tratamiento más benigno por parte de las autoridades de competencia, y son analizados caso por caso (bajo la regla de la razón) porque normalmente presentan beneficios que justifican claramente su realización.

En atención a ello un importante sector de la doctrina alerta que las políticas de competencia

(8) Existen contadas justificaciones a las concertaciones entre competidores. Una de las más importantes es la que se produce cuando existe un acuerdo para realizar una actividad conjunta dirigida a un fin específico (como un *joint venture*), que establece un componente que restringe la competencia para lograr dicho fin. Cuando este componente restrictivo es “accesorio” a la operación conjunta y las posibilidades de que se generen impactos anticompetitivos en el mercado en cuestión sean reducidas (por la existencia de bajas cuotas de mercado de las empresas participantes, por ejemplo), el acuerdo podría ser aceptado.

nacionales no deben diseñarse o enfocarse en el objetivo comercial de la preservación del acceso a los mercados, sino que deben tener en cuenta como criterio principal las consideraciones de eficiencia. De otro modo, pueden existir prácticas eficientes y pro competitivas (como en el caso de los acuerdos verticales ya comentados) que se vean desincentivadas por normas muy rígidas, afectando la asignación de recursos y el bienestar en el país que las aplica.

De otro lado, otros autores critican la inclusión de normas de competencia en tratados comerciales de la OMC centradas en preservar el acceso a los mercados atendiendo a razones estrictamente comerciales.

El Profesor Bellis sostiene, por ejemplo, que ha sido admitido por mucho tiempo que las medidas anticompetitivas privadas pueden reemplazar los aranceles o las medidas no arancelarias que se están desmontando en el comercio mundial. Sin embargo, hasta la fecha no se ha cuantificado la magnitud del problema de acceso a mercado que supuestamente generarían las prácticas anticompetitivas. Más aún, en su opinión, la experiencia de incluir normas de libre competencia en tratados bilaterales de comercio (en el caso de la Unión Europea suscritos desde 1972) que nunca han sido utilizadas para sancionar restricciones privadas de acceso a mercado, sugeriría que dichas prácticas no representan un problema mayor para el acceso a nivel multilateral⁽⁹⁾.

La duda del Profesor Bellis se aplica directamente a la realidad del sistema andino de integración. La Decisión 285 que regula la defensa de la competencia en la Comunidad Andina no ha sido aplicada significativamente durante sus 12 años de existencia. Esto se debe en parte a la confusión conceptual existente en dicha norma comunitaria (exigencia de prueba de daño al competidor, entre otros⁽¹⁰⁾). No obstante, de haber existido preocupación sobre el impacto de las prácticas anticompetitivas privadas en

el sistema andino de integración, la iniciativa por avanzar en este tema sería más latente, máxime que ya se habían logrado avances importantes en el programa de liberación andino desde hace más de una década en varios mercados⁽¹¹⁾.

De esta manera, muchos autores coinciden en que cualquier iniciativa multilateral en políticas de competencia debe ser evaluada únicamente en términos de eficiencia económica. Consideramos que sería positivo para la Comunidad Andina darle un rol principal a este criterio objetivo en la aplicación de las normas y políticas de libre competencia.

2.2. Promoción de una cultura de competencia.

Las leyes antimonopolio se dirigen a prevenir y corregir “fallas del mercado” generadas por prácticas restrictivas a la competencia. La política de competencia como complemento de una política comercial abierta constituye un componente fundamental de una economía de mercado, justamente porque hace posible que los mercados funcionen también en aquellos sectores donde existen restricciones que limitan los efectos benéficos de la competencia.

De otro lado, las políticas de competencia no son una creación moderna desconectada del modelo de desarrollo que plantea una economía de mercado. Por el contrario, constituyen una forma de política industrial orientada al logro de una eficiencia dinámica basada fundamentalmente en promover la rivalidad. Esta genera incentivos para la reducción de costos, la mejora en los servicios, la adopción de tecnologías más eficientes, estableciendo un ambiente propicio para la innovación. La competencia identifica los sectores estratégicos pero lo hace de manera no discriminatoria, es decir sin promover la intervención del Estado a nivel sectorial para “definir” las ventajas competitivas.

La experiencia de los Estados Unidos y la Unión Europea demuestra que incluso en economías

(9) BELLIS, Jean Francois. *Anticompetitive Practices an the WTO: The Elusive Search for New World Trade Rules*. En: *New Directions in International Economic Law*. Kluwer Law International, 2000. pp. 362-365.

(10) La Decisión 285 de la Comisión que establece el marco normativo vigente sobre defensa de la competencia en la Comunidad Andina tiene una distorsión estructural: se enfoca en investigar conductas restrictivas que afecten los competidores y no a los consumidores o el proceso competitivo, al punto de exigir la aplicación de una prueba de daño o amenaza de daño directamente causado por la práctica al productor afectado, muy similar al realizado en investigaciones *antidumping* (defensa comercial). Esta estructura no beneficia la eficiencia económica, no distingue las normas de competencia de toda la gama de mecanismos existentes para la defensa comercial, ni permite salvaguardar la competencia como un fin independiente que complementa la apertura comercial. Debe tenerse en cuenta que en el artículo 105 del Acuerdo de Cartagena se asimilan de igual manera a la categoría “distorsiones a la competencia” prácticas de distinta índole que tocan políticas con objetivos y criterios de análisis metodológico muy distinto tales como el *dumping*, manipulaciones indebidas a los precios, prácticas que perturben el abastecimiento de materias primas y otras de efecto equivalente. Por ello, deben diferenciarse los objetivos de estos mecanismos como condición previa para su aplicación eficaz.

(11) La Decisión 285 ha sido requerida solamente en tres oportunidades y aplicada solamente en un caso (Imeazúcar *versus* Ciama) vinculado a restricciones a la competencia en el mercado azucarero de impacto subregional.

competitivas, algunos mercados se mantienen vulnerables a la realización de prácticas restrictivas. Así, la evidencia empírica disponible sugiere que la liberalización comercial no es un sustituto perfecto para una activa política de competencia, aunque es una importante y poderosa política procompetitiva⁽¹²⁾.

En el ámbito internacional, aunque se aceptan los beneficios generales de las políticas de competencia en la mayoría de foros, no resulta claro que la adopción de políticas de amplio alcance basadas en el modelo de los países desarrollados resulte adecuado para las circunstancias específicas y estructuras institucionales de las economías en desarrollo y en transición. De otro lado, la implementación obligada de dichas normas genera el peligro de que las mismas no tengan una aplicación efectiva en la realidad⁽¹³⁾.

Por lo expuesto, la negociación de normas de competencia debe pasar por el interés individual de los países participantes de contar con dichas normas y llevarlas a la práctica de acuerdo a su propia realidad. En el ámbito de la integración regional, existen múltiples posibilidades para promover dichas normas, y como veremos más adelante, los beneficios pueden superar ampliamente los costos de esta tarea.

2.3. Disuasión de prácticas anticompetitivas transfronterizas.

La aparición de empresas multinacionales de dimensiones nunca antes conocidas operando a escala global hace más necesaria la cooperación entre autoridades de competencia para reforzar el cumplimiento de las políticas (*enforcement*).

En la última década, hemos presenciado una escalada de fusiones y adquisiciones sin precedentes, alcanzando en algunos años como 1999 los 3.4 trillones de dólares a nivel mundial. De acuerdo al Comité Asesor de Políticas de Competencia a nivel Internacional (ICPAC), las partes interesadas en una fusión potencialmente debían cumplir con procedimientos de notificación y revisión de sus ventas, activos y filiales y niveles de participación de mercado en más de 60 jurisdicciones a nivel mundial. Según dicho Comité, no resultaba extraño para las partes interesadas someterse a evaluación en más de una docena de jurisdicciones,

resulta fundamental para una política de competencia efectiva la capacidad real de acción que pueda tener la agencia de competencia subregional.

generándose altísimos costos de transacción, incertidumbre respecto de la viabilidad de la operación y un claro riesgo de resultados contradictorios dependiendo de la jurisdicción en cuestión⁽¹⁴⁾.

Aunque en los últimos años el número de fusiones y adquisiciones se ha reducido debido en parte a la recesión mundial, la necesidad de lograr mecanismos de cooperación y coordinación entre autoridades de competencia para la revisión de estas fusiones sigue siendo prioritaria.

De otra parte, en la última década, los esfuerzos de control de las prácticas restrictivas a la competencia transfronterizas han tenido importantes avances. En el ámbito de los cárteles internacionales, sólo en los 90, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha procesado agresiva y exitosamente cerca de 20 cárteles internacionales, involucrando más de 80 empresas denunciadas y 60 individuos, tanto nacionales de ese país como extranjeros. Estos procesos incluyeron conspiraciones muy complejas de ámbito global y muchas veces de larga data, y resultaron en la aplicación de multas y sanciones record en el ámbito del derecho de la competencia⁽¹⁵⁾.

La gran actividad en la persecución de cárteles en los Estados Unidos ocurrida en la administración Clinton, incluyó la investigación de las industrias de vitaminas, acero y alimentos para animales. El Departamento de Justicia descubrió una enorme cantidad de evidencia de violaciones a la competencia a escala global. Los cárteles de ácido cítrico y lisina involucraron mercados mundiales de alrededor de 2 billones de dólares a finales de la década del noventa⁽¹⁶⁾.

(12) HOLMES, Peter. Op cit.; p. 452.

(13) En el ámbito del ALCA, las pequeñas economías del CARICOM por ejemplo están analizando el establecimiento de normas de competencia a nivel de su grupo de integración de manera que se reduzcan los costos administrativos de mantener autoridades nacionales para mercados tan pequeños.

(14) Reporte Final ICPAC. Resumen Ejecutivo. Febrero 2000. pp. 3-4.

(15) Informe Final ICPAC. Resumen Ejecutivo.

(16) HOLMES, Peter. Op cit.; p. 449.

La Comisión Europea igualmente ha perseguido un número similar de cárteles privados cuyos efectos fueron más allá de las fronteras nacionales. Estos cárteles fueron hallados en un amplio espectro de productos desde ácido cítrico, vitaminas, *newsprint* y papel de fax, hasta productos químicos como fosfatos de aluminio y gluconatos de sodio. La duración de estas conspiraciones anticompetitivas (24 de ellas duraron al menos 4 años), sugiere que las fuerzas del mercado solas no fueron capaces de disciplinar o impedir intentos por fijar precios, dividir y distribuir mercados, asignar cuotas y niveles de participación; implicando el rol que deben jugar las autoridades de competencia nacionales en este ámbito⁽¹⁷⁾.

Estas evidencias son una muestra clara de que la realización de prácticas anticompetitivas a gran escala a nivel mundial está deteriorando el bienestar de los consumidores sobre todo en aquellos mercados con menos posibilidades de reaccionar o hacerles frente. Ello hace necesario no solamente **promover el establecimiento de leyes de competencia internacionalmente** (y crear la cultura de competencia referida en el acápite anterior), sino de **realizar esfuerzos de coordinación más amplios para controlar de manera más efectiva las prácticas anticompetitivas con efectos en el exterior** (cárteles de exportación⁽¹⁸⁾), las mismas que aunque son toleradas, tienen efectos nefastos en el mercado mundial.

A partir de un análisis sobre el Cártel de las Vitaminas, los analistas Clarke y Evenett evaluaron la relación existente entre los efectos del cártel en los distintos países donde fueron exportados los productos cártelizados y la existencia de normas de competencia y su efectiva aplicación en dichos mercados (programas de *enforcement*).

De acuerdo a su análisis en las muestras tomadas en Asia, Europa occidental y América Latina se

observan distintas tendencias: **la formación del cártel de vitaminas es asociada con un mayor incremento del valor total de las importaciones en aquellas economías que no cuentan con programas activos de investigación (de prácticas anticompetitivas)**. En el caso de Latinoamérica, aquellas economías que no tuvieron esos programas vieron el valor total de sus importaciones de vitaminas elevarse en 40 por ciento. Asumiendo de manera general que la inelasticidad de precios en la demanda por vitaminas es comparable en los dos tipos de economías analizados, los resultados empíricos presentados apoyan la hipótesis de que el cártel de vitaminas elevó sus precios en mayor medida en aquellas economías de Asia, Europa Occidental y América Latina que no contaron con programas activos de aplicación de leyes de competencia⁽¹⁹⁾.

Estos autores igualmente estimaron que en sólo ocho economías, los sobreprecios observados excedieron alrededor de los 100 millones de dólares estadounidenses. A nivel de la muestra total, los sobreprecios estimados pagados en vitaminas por los consumidores en las 90 economías analizadas alcanzaron los 2,709.87 millones de dólares americanos. Estos sobreprecios representaron una transferencia de riqueza claramente determinable en la economía mundial⁽²⁰⁾.

A partir del análisis comparativo del comportamiento del cártel de las vitaminas en los países observados, Clarke y Evenett concluyen que el establecimiento de normas de competencia y políticas activas para velar por el cumplimiento de las mismas, tienen un efecto disuasivo que reduce el impacto en los precios del cártel, el nivel de las exportaciones de productos cártelizados y desincentiva incluso la formación misma del cártel para operar en el país en cuestión⁽²¹⁾.

Otra paradójica revelación que realizan estos autores y que consideramos relevante tener en cuenta

(17) CLARKE, Julian y Simon EVENETT. *The Deterrent Effects of National Anti-Cartel Laws: Evidence from the International Vitamins Cartel*. Centro de Estudios Regulatorios AEI-Brookings: diciembre, 2002. p. 1.

(18) Muchos países contemplan excepciones a las normas de competencia para prácticas concertadas con efectos en el exterior. Así el *Web-Pomerene Act* de los Estados Unidos de América establece una excepción limitada para la formación y operación de asociaciones de negocios competidores orientadas a realizar ventas colectivas a la exportación. Dicha excepción aplica sólo a la exportación de bienes o mercancías y no se aplica a conductas que tienen un efecto anticompetitivo en los Estados Unidos o que dañen competidores locales de los miembros de la asociación de exportación.

(19) CLARKE, Julian y Simon EVENETT. Op. cit.; pp. 20-25. El énfasis es nuestro.

(20) *Ibid.*; pp. 21-22.

(21) Más aún, en cuanto a los niveles de sobreprecio aplicados y su relación con la existencia de normas de competencia, dichos autores analizaron una muestra con ciertos países europeos y cuatro países latino americanos (Brasil, Chile, México y Perú) donde en los documentos de la OECD se encontró evidencias de programas activos de investigación de concertaciones en los años 90. El incremento en los sobreprecios varió de US\$ 700,000 en el Perú, hasta US\$ 30 millones en Italia. Comparando los gastos presupuestales que implica mantener agencias de competencia con relación a los beneficios que importaron la reducción de sobreprecios en vitaminas, los ahorros por dólar gastados variaron entre 7 centavos por dólar en el Perú hasta

es la participación de la China en el mercado de las vitaminas. Los bajos costos marginales de producción de las vitaminas en China, se tradujeron en importantes volúmenes de exportación a mercados internacionales. Sin embargo las empresas chinas no fueron parte del Cártel de Vitaminas en los años analizados. Así, la mayor presencia de productos chinos tuvo un efecto “disciplinador” del mercado desplazando a los productos importados cártelizados. Dicho efecto dependió de las barreras comerciales que se impusieron contra China en los mercados en cuestión. En Oceanía por ejemplo, el impacto fue cuatro veces mayor que en el África, por la existencia de un menor grado de barreras al comercio⁽²²⁾.

La importancia de las prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos en particular expresados a través de los cárteles de exportación y los efectos tremendamente perjudiciales que estas tienen en todos los consumidores de los mercados constituyen poderosa evidencia de la necesidad de que los países fortalezcan sus autoridades de competencia y sumen esfuerzos para combatir dichas prácticas. Los cárteles de exportación, como hemos visto, no sólo han encarecido significativamente el acceso a bienes finales (vitaminas), sino a insumos y bienes intermedios (ácido cítrico, lisina, acero, etcétera) necesarios para elaborar otros productos. Ello ha generado una pérdida social muy grande y una pérdida de competitividad que puede resultar altamente costosa para los países afectados en el competitivo mercado mundial.

Este análisis nos llevaría a concluir que **el establecimiento de normas efectivas de competencia responde al interés individual de cada país y a su bienestar** y que, en consecuencia, los mecanismos de cooperación que se puedan crear a nivel de la subregion andina para sancionar prácticas internas o externas con efectos en el mercado ampliado, pueden ser altamente disuasivos y generar beneficios inmediatos; en particular, para los países miembros que de manera individual, no cuentan con la experiencia o los recursos para investigar y prácticas restrictivas internacionales.

Del mismo modo, el análisis sobre los efectos de las exportaciones chinas es útil para ilustrar como la

aplicación de medidas restrictivas del libre comercio tiene que evaluarse teniendo en consideración sus más amplios efectos en el interés económico general. Esta es una tarea difícil que puede ser en determinados momentos políticamente costosa para las autoridades de turno. Por ello, una autoridad subregional, técnica, debidamente especializada y dotada de recursos, con el apoyo de los países miembros pero independiente de los intereses estratégicos de los mismos y de la presión política de los grupos de interés afincados en ellos, puede tener un rol fundamental.

A manera de conclusión, los beneficios de contar con políticas de competencia que permitan alcanzar prácticas de efecto transfronterizo son evidentes. No obstante, debe procurarse que el objetivo central de esta política de competencia sea promover la eficiencia económica que redunde en el bienestar general. Ello permitirá evitar que se sancionen en nombre del acceso a mercados, operaciones o transacciones eficientes y positivas sobre todo derivadas de aquellas prácticas analizadas bajo la regla de la razón, como la mayoría de los acuerdos verticales, y las fusiones⁽²³⁾.

De otro lado, resulta innegable que las discusiones y las negociaciones para el establecimiento de reglas de competencia a nivel bilateral, regional, hemisférico y multilateral, están generando un espacio de análisis necesario y están permitiendo intercambios de información, e interesantes oportunidades de cooperación y de asistencia técnica con beneficios inmediatos.

Por último, el análisis de Clarke y Evenett más allá de graficar el impacto que pueden tener los cárteles de exportación internacionales, nos enseña los efectos disuasivos benéficos que puede tener el establecimiento de normas de competencia y programas efectivos de su aplicación. Consideramos que el establecimiento de normas de competencia a nivel nacional para corregir conductas anticompetitivas a nivel doméstico tiene claros límites en la sanción de prácticas transfronterizas generadas a nivel internacional, sobre todo para los países pequeños que no cuentan con los medios, *expertise* para analizar dichas prácticas o con posibilidades reales de aplicar sanciones efectivas a empresas que muchas veces no tienen activos importantes en su territorio. De ahí que

4800 centavos por dólar en el Brasil! Un caso intermedio como México significó un ahorro de 46 centavos por dólar gastado en la aplicación de políticas de competencia únicamente en el cártel de vitaminas.

(22) En el caso de las agencias de competencia europeas los ahorros alcanzaron los 96 centavos por dólar. En consecuencia, la fortaleza disuasiva de los programas de investigación anti cárteles de la Unión Europea fue de tal magnitud que la reducción de los sobrepuestos por sólo un cártel habría “pagado” una parte sustancial de los presupuestos estatales en aplicación de políticas de competencia en Europa.

(23) CLARKE, Julian y Simon EVENETT. Op. cit.; p. 18.



la negociación de principios de competencia a nivel internacional y la elaboración de normas de competencia modernas a nivel subregional sean en balance positivas para la subregión y los países individualmente considerados.

En el ámbito andino finalmente la poca utilización de la Decisión 285 podría deberse a sus propias deficiencias estructurales y ello no sería prueba suficiente de que no existe la necesidad de establecer políticas de competencia subregionales efectivas en el contexto actual.

3. Obstáculos al establecimiento de normas de competencia andinas.

La negociación de normas de competencia ha enfrentado en los últimos años una serie de dificultades que han limitado el avance en esta área. A nivel fáctico, existen claras asimetrías de experiencia y conocimiento en la aplicación de políticas de competencia. Asimismo, las agencias de competencia desconfían de la intervención de las autoridades comerciales en el diseño de la normativa o decisión de casos con efecto

transfronterizo, temiendo que dicha intervención distorsione o contamine el alcance adecuado de estas políticas.

Los siguientes son los principales obstáculos que observamos respecto de la negociación de normas y políticas de competencia a nivel internacional. Estos obstáculos son desarrollados ampliamente en un trabajo anterior, que se encuentra siendo editado para su publicación⁽²⁴⁾.

3.1. Diferencias en los objetivos subyacentes de las políticas de competencia.

Las políticas de competencia en la mayoría de países del mundo están guiadas fundamentalmente por dos objetivos: el logro de la eficiencia económica y a través de ella, del bienestar social, y el logro de la equidad. Bajo consideraciones de equidad se ha buscado proteger a pequeñas empresas (daño a competidores) y han influenciado los objetivos de otras políticas del Estado como la política industrial, política comercial y hasta la promoción de inversiones.

El balance de los objetivos de eficiencia y equidad, y el peso específico que cada nación le otorgue a cada uno en la aplicación de sus políticas de competencia, varía de manera significativa. Ello genera “diferencias culturales” que subyacen a las normas de competencia y a las herramientas de análisis que utilizan las autoridades en la evaluación de los casos, pero que, en definitiva, pueden afectar el sentido de las decisiones y la aplicación de estas políticas.

Estas diferencias se aprecian en los dos modelos hegemónicos de libre competencia en la actualidad. El modelo de los Estados Unidos, por lo menos en su aplicación doméstica, está guiado por la eficiencia económica, mediante el balance de la eficiencia de asignación y la eficiencia productiva. Así, a través de un proceso largo los jueces norteamericanos se han convencido de que las políticas de competencia no deben buscar proteger a los competidores (ni a las pequeñas empresas), sino al proceso competitivo que logra el bienestar social⁽²⁵⁾.

Bajo este modelo, el análisis de las conductas de los agentes en el mercado y de control de estructuras (fusiones), es de índole técnico-económico y privilegia la ponderación de los efectos negativos a la competencia respecto de los efectos benéficos que

(24) En el caso particular de la evaluación de las fusiones y adquisiciones no debe pasarse por alto la carga regulatoria que establecería la proliferación de normas de competencia a los negocios internacionales, teniendo en cuenta que las empresas internacionales incluso ahora, tienen que ser examinados en una multiplicidad de jurisdicciones.

(25) *Global Antitrust Policy: Incentives Problems and Risks*. Chicago, 2001.

dichas prácticas generan en términos de eficiencia para las empresas que las realizan y sobre todo para la sociedad consumidora.

Contrariamente, en el modelo Europeo de competencia, la integración económica de la Unión resulta ser el objetivo más importante. Así, la política de competencia además de promover la eficiencia productiva debe orientarse a lograr los fines del Tratado de Roma, incluyendo el establecimiento de un mercado común, la aproximación de políticas económicas, el desarrollo armónico de las naciones, el incremento de los estándares de vida, la mejora en los niveles de empleo, el progreso tecnológico, etcétera. De otro lado, el sistema europeo está influenciado estrictamente por la presencia de un ente técnico (la Comisión) y uno político (el Consejo). La interacción de ambos puede permitir con mayor facilidad que decisiones prácticas, a veces negociadas, que ponderen una multiplicidad de objetivos, diluyan la importancia de la eficiencia como objetivo fundamental.

Más allá de las diferencias estructurales de los modelos aquí comentados, existen diferencias prácticas de aplicación en las corrientes jurisprudenciales de los Estados Unidos y la Unión Europea. Un trabajo reciente que analiza estas diferencias en las prácticas de abuso de posición de dominio por ventas atadas concluye que a diferencia de los Estados Unidos donde la jurisprudencia ha evolucionado de aplicar una regla *per se* a prácticamente un esquema de aprobación caso por caso (regla de la razón) para este tipo de prácticas, en la Unión Europea se aplica un estándar tan exigente que resulta cercano al de la antigua regla *per se* norteamericana. Así, las empresas dominantes tienen responsabilidades especiales en el sistema europeo y la ventas atadas realizadas por estas se entienden abusivas, aún en mercados donde la venta de productos “combinados” sea común y este esquema no impida la entrada de otros fabricantes al mercado⁽²⁶⁾.

Entre las razones que explican esta diferente evolución se señala, en primer lugar, que en Europa ha

tomado más tiempo para los nuevos desarrollos en teoría económica influenciar las políticas de competencia⁽²⁷⁾. Se precisa, por ejemplo, que en algunas decisiones las cortes europeas han presumido que el daño a los competidores necesariamente podría resultar en un daño a la competencia y los consumidores, lo cual no se condice con el modelo del bienestar del consumidor aplicado en las cortes estadounidenses.

Alborn, Evans y Padilla sobre este punto concluyen: “(n)o obstante la persistencia de elementos “Pre-Chicago” tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, existe sin embargo una diferencia fundamental entre estos dos sistemas de política: mientras que la política de competencia de la Unión Europea ha permanecido claramente estática en la evaluación de las ventas atadas por más de cuarenta años, el *antitrust* de los Estados Unidos ha seguido lentamente el pensamiento económico, salvo en contadas excepciones, desde el extremo de la prohibición “*per se*”, a un “*per se* modificado” y a una “regla de la razón”. Claramente, el caso Microsoft III, no es el final de la historia pero debería ser el comienzo de la historia en la Unión Europea”⁽²⁸⁾.

La influencia del modelo norteamericano es muy importante en la región latinoamericana y en particular en los países de la Comunidad Andina que hoy cuentan con normas y autoridades de competencia (Colombia, Perú y Venezuela). Así, es probable que la promoción de la eficiencia económica será recogida como un objetivo central de las políticas de competencia a nivel andino.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de Cartagena al igual que el sistema europeo de integración, contiene amplios objetivos de equidad en su diseño estructural. Así, dicho Acuerdo está orientado a promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y cooperación económica y social. El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración; todo ello

(26) La doctrina *antitrust* dominante en los Estados Unidos entiende que bienestar social es igual a la maximización de la suma del bienestar de los productores y consumidores en la sociedad.

(27) AHLBORN, Christian y otros. *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, febrero 2003. pp. 34-38.

(28) Según concluyen estos autores: “(1) La mayoría de economistas aceptarían ahora tres puntos fundamentales: Primero, las ventas atadas son prácticas perversas que, en muchos casos, permiten el surgimiento de importantes eficiencias, particularmente cuando la venta atada toma la forma de la integración de productos. Segundo, las circunstancias en las que la venta atada generará efectos anticompetitivos son muy restringidas. Y tercero, no sólo estas condiciones son difíciles de verificar sino cualquier intento de balancear ganancias de eficiencia contra posibles efectos anticompetitivos probará ser un ejercicio muy complejo. (...) La hostilidad del enfoque *antitrust* hacia las ventas atadas en ambos lados del Atlántico todavía refleja (a mayor o menor grado) elementos del pensamiento pre-escuela de Chicago”. *Ibid.*; pp. 62-63.

con miras a procurar un mejoramiento persistente del nivel de vida de los habitantes de la subregión⁽²⁹⁾.

La ponderación del objetivo de eficiencia con otros derivados de la política comercial o industrial, a la luz de los objetivos estructurales del Acuerdo de Cartagena, constituirá sin dudas, uno de los retos del desarrollo de una política de competencia eficaz, moderna y predecible en la Comunidad Andina. Esta relación constituye un elemento que debe estar presente en el diseño y la aplicación de estas políticas de manera que no se desnaturalicen los objetivos que cumple cada una de ellas.

3.2. Problemas de aplicación.

Algunos problemas de aplicación que se han notado en las negociaciones multilaterales de políticas de competencia son absolutamente pertinentes también para la aplicación práctica de estas políticas en acuerdos de integración.

En primer lugar, a diferencia del plano comercial, la violación de normas de competencia no se origina en medidas de gobierno publicadas en un diario oficial como subsidios, aranceles, medidas de salvaguardia, restricciones no arancelarias, aplicación abusiva de normas fitosanitarias, etcétera; sino en conductas empresariales privadas que deben ser juzgadas en el contexto del mercado en que se realizan.

Esta diferencia de origen impone retos adicionales en la **determinación de los hechos** en los casos de competencia y requiere de conocimiento específico y detallado de los mercados relevantes donde se producen las prácticas en cuestión. Esto implica que la autoridad investigadora debe contar con amplias facultades para acceder a información específica, muchas veces de carácter confidencial, que vayan más allá de la simple potestad de requerir información y que contemplen incluso la posibilidad de realizar inspecciones exhaustivas con el respaldo de la fuerza pública.

En segundo término, el análisis de las autoridades de competencia es altamente complejo, y requiere el balance de los efectos pro competitivos y anticompetitivos de determinadas conductas en mercados relevantes sumamente variados y sofisticados con un alto contenido de análisis jurídico y micro-económico. Las autoridades de competencia, por ello, deben contar con un *expertise* distinto al de la autoridad comercial, en todos los niveles de la cadena

de decisión de los casos de competencia.

Finalmente, la especialización e independencia que requiere el análisis de competencia hace que las autoridades *antitrust* sean resistentes a permitir que árbitros de casos de comercio evalúen y decidan casos de libre competencia. Las diferencias de objetivos, *expertise* y técnicas de investigación, de seguro van a imponer retos interesantes a la Secretaría de la Comunidad Andina y sobre todo al Tribunal Andino en la revisión judicial prevista en el ordenamiento jurídico comunitario.

3.3. Consideraciones estratégicas.

Las políticas de competencia y las políticas industriales al igual que la apertura comercial se definen y entrelazan en el marco del modelo de desarrollo seguido por un país. No obstante, sujetarse a normas (y políticas) de competencia acordadas en tratados cuya aplicación se puede hacer valer en tribunales internacionales genera resistencias en atención a los conflictos que pueden producirse entre la política de competencia y otras políticas, en particular, las orientadas al desarrollo de sectores estratégicos en un determinado país. Estos conflictos pueden reducirse mediante el uso de **excepciones** o **exenciones** aplicables a las normas de competencia acordadas a nivel internacional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el uso de excepciones, y en particular para cárteles de exportación o de importación, además de contener efectos discriminatorios (en función del país donde recaigan los efectos de las prácticas), permite la perforación de los incentivos que busca generar la política de competencia e incentiva a las empresas para buscar justificaciones para lograr incluirse en esa categoría.

Como expone Matoo, las excepciones a las normas de competencia pueden ser consideradas como políticas industriales de facto dirigidas a promover la competitividad de empresas domésticas en mercados extranjeros⁽³⁰⁾. Según este analista del Banco Mundial, los Estados Unidos, la Unión Europea y el Japón incluyen dentro de estas excepciones los cárteles de exportación, cárteles de importación (solamente exceptuados en el Japón), *joint ventures* de investigación y desarrollo -otorgadas sin perjuicio de sus efectos anticompetitivos para generar incentivos a la innovación-; pequeñas y medianas empresas (no exceptuadas en los Estados Unidos si concertan pero

(29) *Ibid.*; p. 63.

(30) Acuerdo de Cartagena. Artículos 1 y 2.

si en el Japón), y cárteles de racionalización (exceptuados en el Japón).

No obstante estas preocupaciones, las discusiones en materia de competencia en la OMC y en las negociaciones del ALCA en materia de políticas de competencia, están dejando entrever un consenso en torno a la posibilidad de establecer excepciones a estas políticas.

En los debates realizados en el Grupo de Trabajo de Comercio y Competencia de la OMC, los países miembros han señalado que resulta conveniente recurrir a excepciones con sujeción a requisitos de transparencia y examen periódico. Se ha indicado también que las excepciones eran parte no sólo de la política de competencia sino que respondían a una amplia gama de objetivos públicos, fuesen de política cultural o social o de política de distribución de ingresos, todos los cuales apenas tenían que ver con el comercio. Se hizo notar, asimismo, que las excepciones eran de especial importancia para los países en desarrollo que no contaban todavía con legislación nacional sobre competencia o en los que ésta era relativamente reciente y sin experimentar. No obstante, se señaló que no sería aceptable que se hiciera caso omiso del principio de transparencia, ni tampoco podía la competencia en sí misma convertirse en la excepción a la norma de las excepciones⁽³¹⁾.

Como resultado de este debate algunos países han planteado la inclusión de las siguientes condiciones (salvaguardas) respecto de los procedimientos para conceder excepciones: (i) todas las partes interesadas y afectadas a nivel nacional deberían participar en la concesión de exenciones; (ii) las exenciones deberían restringir la competencia en la menor medida posible; (iii) las exenciones deberían ser de duración limitada y se deberían examinar periódicamente; (iv) los exámenes deberían identificar claramente a los ganadores y perdedores y su impacto en la eficiencia económica y los intereses económicos más generales; y, (v) debía comprenderse que existía la posibilidad de que las exenciones otorgadas en un sector generaran o perpetuaran distorsiones que podrían afectar la eficiencia de la actividad económica en otros sectores; en consecuencia, las exenciones se deberían utilizar con cautela para no perturbar el funcionamiento general de la competencia⁽³²⁾.

Las discusiones desarrolladas a nivel multilateral ilustran la sensibilidad de este tema en las negociaciones de competencia y su relevancia para lograr integrar el mayor número posible de países miembros a la aplicación de estas políticas.

En nuestra opinión, las justificaciones para las excepciones y las exenciones a las normas de competencia, se centran, en el caso de los países desarrollados, en la necesidad de no modificar el *statu-quo* nacional (ceder soberanía) para lograr un acuerdo internacional en la materia; y en el caso de los países en desarrollo, en lograr la flexibilidad y progresividad que les permita adaptarse a la aplicación de estas políticas.

El refuerzo de las normas de competencia en un esquema de integración profunda como la Comunidad Andina debe buscar reglas claras para los agentes económicos y reducir perforaciones a su mensaje principal: la prosperidad se logra a través de la eficiencia productiva que surge de la rivalidad. Por ello, si se decide aceptar la existencia de excepciones éstas deben ser condicionadas, debidamente consultadas y supervisadas en su aplicación práctica.

En el plano nacional, debe tenerse en cuenta finalmente que en nuestro país, el principio de libre competencia está recogido a nivel constitucional y la propia Constitución del Estado prohíbe crear monopolios por ley. Así, las excepciones pueden contraponerse al mandato constitucional si facilitan la formación de estructuras monopólicas.

Adicionalmente al tema de las excepciones a las normas de competencia que son en principio estáticas (fijadas en la legislación), existen consideraciones estratégicas que pueden influir en el análisis y aplicación cotidiana de las normas de competencia a nivel internacional.

Como hemos explicado, el análisis doméstico de las agencias de competencia (desde el punto de vista de eficiencia) se centra en identificar los efectos de la práctica y determinar si los mismos maximizan la suma de los beneficios generados a productores y consumidores en la jurisdicción en cuestión, respecto de lo que ocurriría en "competencia". Si ello ocurre, se entiende que la práctica promueve el bienestar general.

A nivel internacional, en contraste, mientras los mercados exceden las fronteras nacionales, el análisis

(31) MATTOO, Aaditya Subramaniam Arvind. *Multilateral Rules in Competition Policy-A Possible Way Forward*. Journal of World Trade. p. 103.

(32) *Informe (2003) del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General*. Organización Mundial de Comercio: WT/WGTCP/7. Acápites 105-106. p. 36.

de competencia en lugar de dirigirse a promover el bienestar **global**, puede mantenerse preocupado en atender el bienestar social **nacional**. Desde esa perspectiva, el análisis de eficiencia no se basará en la agregación de las ganancias de productores y consumidores en todas las jurisdicciones afectadas, sino que cada país se preocupará en las ganancias y pérdidas de sus propios productores y consumidores sin importar los efectos de estas prácticas en mercados extranjeros⁽³³⁾.

Este análisis explica por qué es usual la aprobación y defensa de los cárteles de exportación o la pasividad de algunas autoridades frente a las prácticas realizadas en sectores donde los extranjeros son los principalmente afectados por los impactos anticompetitivos de las mismas. Es el caso de las conferencias navieras tradicionalmente exceptuadas de las normas de competencia. El sesgo jurisdiccional de las políticas de competencia explica también en parte los distintos resultados en el análisis de fusiones con efectos en el mercado internacional.

En el ámbito andino, estas consideraciones estratégicas estarán más o menos presentes dependiendo de cuánto se involucren las autoridades nacionales en la resolución de los casos planteados a nivel subregional. Considerando que estas autoridades deben cooperar en el establecimiento de los hechos, y probablemente tengan incluso la capacidad de emitir opiniones respecto de las prácticas analizadas a nivel subregional, la aplicación “nacionalista” de las políticas de competencia puede ser una limitación si la autoridad subregional de competencia no cuenta con la facultad, capacidad técnica y determinación para hacer valer una política que preserve la eficiencia en el mercado ampliado subregional en beneficio del consumidor subregional.

3.4. Consideraciones particulares aplicables al Sistema Andino de Integración.

A continuación, y luego de realizar una somera revisión de los obstáculos que típicamente enfrenta la negociación de acuerdos internacionales sobre políticas de competencia y de intentar determinar su posible impacto en la negociación de políticas a nivel subregional, resulta necesario puntualizar los problemas estructurales que se derivan del sistema andino de integración y cómo estos pueden afectar la aplicación efectiva de dichas políticas.

La Comunidad Andina refleja en pequeño las asimetrías que existen en materia de competencia a nivel mundial. En la actualidad tres países cuentan con normas y políticas de competencia implementadas y aplicadas por más de 10 años, mientras que dos países todavía no han tenido contacto con políticas de competencia activas en el ámbito nacional. Estas asimetrías indudablemente se van a dejar sentir sobre todo si las autoridades nacionales tienen alguna injerencia o la posibilidad de opinar y sustentar posiciones en los casos de alcance transfronterizo que se busquen analizar. Esta circunstancia no es propiamente un obstáculo para implementar una norma de competencia comunitaria, sino un elemento a considerar para reducir a través de programas de asistencia técnica previos y comprensivos dichas asimetrías. De otro lado, es una señal de alerta para que los países que no cuenten con normas de competencia a la fecha, hagan sus mayores esfuerzos para promover una “cultura de competencia” en su clase empresarial, en las prácticas estatales, en el ámbito académico y en el conjunto de la sociedad civil, de manera que la aplicación de estas políticas a nivel internacional no se entienda como una distorsión impuesta que genere anticuerpos y rechazo hacia el proceso de integración andino.

Teniendo en cuenta que las prácticas transfronterizas que probablemente estén afectas al ámbito de una política de competencia subregional involucrarán empresas importantes con conexiones del mayor nivel en los estamentos estatales, tanto la investigación de los casos como la imposición de sanciones de parte de autoridades extranjeras será objeto de tensión. Por ello, la norma que se defina debe estar acompañada por la decisión nacional de aplicar firmemente estas políticas.

En ese sentido, resulta fundamental para una política de competencia efectiva la capacidad real de acción que pueda tener la agencia de competencia subregional. Tal como exponen Tavares y Tineo, “dentro de las limitaciones institucionales que contribuyeron al fracaso de la Decisión 285 se encuentran la imposibilidad de la Secretaría de iniciar acciones de oficio, limitando el derecho de acción sólo a los interesados y a los países. Esta limitación deja a la Secretaría con muy poco poder para supervisar el mercado andino. La habilidad de elegir casos y abrir investigaciones es el más importante poder de coerción

(33) Ibid.: acápite 106. p 36.

(*enforcement*). (...). La Secretaría actúa más como un árbitro de partes privadas que como un protector del proceso competitivo⁽³⁴⁾.

Imaginemos un caso en que dos o más productores andinos deciden repartirse mercados sea asignándose mercados geográficos, mercados de productos, clientes, etcétera, en su comercio transfronterizo. La reducción de la rivalidad existente en competencia afecta directamente a los consumidores. Sin embargo, los productores como categoría no se verán afectados, por el contrario, lograrán estabilidad e incluso podrán elevar sus precios. Como los consumidores no están organizados, si la autoridad subregional no tiene la capacidad de iniciar investigaciones, dependerá de las agencias de los países que finalmente investiguen este tipo de acuerdos. Esto puede constituir una limitación en países donde las agencias recién se están asentando, donde las autoridades son permeables a la presión o reacción de los grupos de interés, o donde exista, en la práctica, una aplicación “nacionalista” de la política de competencia respecto de las prácticas restrictivas con efectos nocivos fuera de sus jurisdicciones nacionales.

Adicionalmente, existen limitaciones más estructurales que se derivan del propio ordenamiento jurídico comunitario. En particular, la falta de poder sancionador de la Secretaría para obligar a las empresas o a los países a adoptar sus decisiones sin duda resta autoridad a este organismo⁽³⁵⁾. En el ámbito gubernamental, los incumplimientos de resoluciones de la Secretaría, incluso aquellas que determinan la violación de normas jurídicas constitutivas como el Acuerdo de Cartagena, son cosa de todos los días⁽³⁶⁾. Estas carencias podrían hacer necesario que la Secretaría cuente con la aprobación de la autoridad de competencia nacional para poder lograr el cese de una práctica o eventualmente la aplicación de una sanción pecuniaria a las empresas infractoras. Estos problemas deben considerarse en el diseño de las normas de competencia subregionales para crear incentivos de cumplimiento que les permitan cumplir sus fines. Estas limitaciones por último constituyen retos adicionales para la autoridad subregional desde la perspectiva de su capacidad de intervenir en el mercado para cuestionar por ejemplo, prácticas restrictivas realizadas por o con el aval, de los propios Estados miembros.

4. Conclusiones.

El establecimiento de normas de competencia y su aplicación efectiva en un proceso de integración es positiva no sólo porque promueve la cultura de la competitividad que incrementa el comercio intra zona y prepara a las empresas para competir en el mercado global, sino porque lo hace al tiempo que permite una más eficiente asignación de los recursos que abarata los productos y servicios en beneficio de toda la población.

La aplicación efectiva de políticas de competencia de otro lado, disuade la silenciosa operación de los cárteles internacionales que como en los casos de vitaminas, lisina y acero, encarecen los productos que consumimos y afectan la competitividad de nuestras empresas.

A pesar de sus evidentes ventajas, existen múltiples obstáculos que pueden limitar la efectividad de estas políticas a nivel subregional, algunos de los cuales hemos tratado de precisar. Dichos obstáculos incluyen desde los más estructurales vinculados al diseño orgánico del sistema andino de integración, a las limitaciones prácticas que impone la investigación de los hechos o la imposición de sanciones que puedan ser ejecutadas eficazmente por la autoridad. Consideramos que la atención de las limitaciones y retos planteados puede contribuir a lograr el diseño de una política de competencia efectiva en la Comunidad Andina.

La aplicación eficaz de una norma moderna de defensa de la competencia subregional influirá en el comportamiento de las empresas de una manera fundamental. En los países que no cuentan con normas nacionales de competencia podría significar un reajuste cultural respecto de la forma de hacer negocios y defender mercados. Los que sí conocen estas normas, perderán la libertad con que ahora cuentan para realizar coordinaciones que puedan considerarse restrictivas. Más allá de los efectos en las empresas, las políticas de competencia afectarán también otras políticas de desarrollo de los Estados que tienen efectos distorsivos en el exterior. Ello no sólo por lo que significa tener una norma adecuada sino por la posibilidad de potenciar su aplicación a través de la cooperación entre autoridades nacionales.

(34) Un análisis detallado de esta problemática fue desarrollado por el autor en *Global Antitrust Policy: Incentives, Problems and Risks*. Chicago, 2001.

(35) TAVARES DE ARAUJO, José y Luis TINEO. *Competition Policy and Regional Trade Agreements*. En: RODRIGUEZ, Miguel. *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*. pp. 445 y 452.

(36) *Ibid.*; pp. 452.

Finalmente, la escasa aplicación de la Decisión 285, independientemente de sus contradicciones estructurales ya comentadas, nos enseña también que la eficacia de las políticas de competencia está directamente ligada al rol que juegue la autoridad que las haga cumplir. Aunque la competencia de la Secretaría General dentro del ámbito de aplicación de la norma subregional parece evidente, como órgano ejecutivo, independiente, exclusivamente

preocupado por el mercado subregional y que no debe respeto a otra instrucción que no sea la de fortalecer el sistema de integración, la mayor importancia y autonomía que dicha autoridad tenga en la aplicación de estas políticas dependerá no solamente de la prioridad que le den los propios países a las mismas, sino de la confianza que genere la propia Secretaría en los países, por su competencia técnica y su imparcialidad. ⁴⁷

(37) Debe reconocerse que recientemente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina está autorizando la aplicación de sanciones comerciales (sobretasas arancelarias) contra los países que incumplen sus fallos como un medio para generar incentivos de cumplimiento al ordenamiento comunitario. Estas sanciones, aunque se han logrado aplicar al término de procedimientos judiciales relativamente largos, han tenido efectos de cumplimiento positivos en algunos casos.