

# ACCESO A LOS MERCADOS E INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN AMÉRICA LATINA: CONSIDERACIONES DE POLÍTICA DE COMPETENCIA\*

Luis Tineo\*\*

*Dentro del marco de la economía de mercado consagrada hoy en día en el régimen económico de la mayoría de constituciones latinoamericanas, la libre competencia constituye la médula del sistema.*

*Por su parte, el acceso al mercado de los bienes y/o servicios que las empresas están dispuestas a ofrecer es concebido como un presupuesto de la libre competencia y, como tal, las particularidades que importa merecen la atención prioritaria de todos aquellos que directa o indirectamente, han formado parte de la reforma económica en los países de América Latina.*

*Naturalmente, las circunstancias -y, en consecuencia, las soluciones a los problemas que atañen la materia- serán distintas en función a que la perspectiva que se adopte corresponda al plano nacional o al regional.*

*El autor del presente artículo enfoca el acceso a los mercados desde este último punto de vista y expone así un conjunto de consideraciones que, por su irrefutable acierto, merecerán ser tomadas en cuenta por quienes, inspirados en el sueño de Bolívar, anhelan la integración económica de las naciones latinoamericanas.*

## INTRODUCCIÓN

La transición de economías intervenidas a unas orientadas bajo principios de mercado, ha llevado a los países de América Latina a adoptar en la última década políticas de apertura comercial, liberalización de la inversión y desregulación económica por todos conocidas. El propósito de estas medidas ha sido ampliar el número de participantes en la actividad económica y estimular el proceso de competencia. Con ello se espera un incremento de la actividad productiva y el bienestar de los consumidores, a través de una mayor oferta de bienes y servicios a mejores precios.

Llevar adelante esta tarea ha significado no sólo la transformación de los ordenamientos jurídicos; más importante aún, ha significado una radical transformación en el rol de los Estados en los procesos económicos. En muchos países los gobiernos ya no son la fuente principal de normativa primaria, y los parlamentos, que por décadas habían renunciado a la función reguladora, comienzan a participar en la elaboración de legislación sustantiva en materia económica capaz de garantizar las condiciones para el desarrollo de estructuras de mercado. Por otra parte, las nuevas regulaciones de las potenciales prácticas abusivas de mercado han forzado la transformación de muchas de las funciones de las viejas instituciones, y en muchos casos la creación de

\* Versión corregida y ampliada de un trabajo presentado originalmente en el Seminario «Issues in Economic Integration in the Americas» organizado por George Mason University, el 2 de noviembre de 1996, en Fairfax, Virginia.

\*\* El autor es abogado (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1986), LL.M (Universidad Complutense de Madrid, 1989), LL.M (George Washington University, 1995). Actualmente es asesor legal en la Unidad de Comercio de la Organización de Estados Americanos en Washington, D.C. Las opiniones son del autor y no reflejan el punto de vista de la OEA, ni el de sus países miembros.

entidades independientes encargadas de su administración.

Del lado de los individuos, el restablecimiento de los equilibrios de los poderes públicos ha significado el reconocimiento de la función que cumple el ejercicio efectivo del derecho a la libertad económica en un contexto de economía de mercado. En muchos países, el derecho a la libertad económica dejó de ser un derecho típicamente subsidiario, objeto de restricciones y limitaciones provenientes de los instrumentos de intervención económica, para constituirse en el pilar del desarrollo de las nuevas oportunidades comerciales que las reformas intentan estimular.

Con el objeto de proteger este derecho contra los posibles abusos, obstrucciones, o restricciones a su ejercicio, y abrir espacios a sistemas de economía de mercado, los países de la región han soportado sus procesos de apertura a través de la sanción de legislaciones sobre libre competencia, protección al consumidor, inversiones y prácticas desleales en el comercio internacional, para mencionar sólo las principales. Este marco jurídico e institucional ha hecho que la dinámica de las relaciones económicas permita al sector privado anticipar con mayor predictibilidad las oportunidades para dirigir sus inversiones, a los conductores de política orientar o incentivar el rumbo de estas con mayor racionalidad, y a los administradores públicos y jueces garantizar la aplicación efectiva en la región de las reglas de juego. En este ambiente, la ejecución de las leyes en la región hoy en día encuentra menores espacios para la discrecionalidad y los abusos de poder, otorgando de esta manera estabilidad y certeza jurídica a quienes desarrollan la actividad económica.

Adicionalmente al proceso de reformas económicas desarrollado unilateralmente por cada país, la región ha expandido su nueva orientación mediante la revitalización de la integración económica. La integración, entendida en el contexto de la apertura, no viene a ser más que la extensión natural a nivel regional de los objetivos domésticos de ampliación de las condiciones para el desarrollo de los mercados. El relanzamiento de la integración ha hecho a la región sustancialmente más atractiva para la inversión y el intercambio comercial, a la vez que ha reforzado los objetivos de las reformas comerciales internas, al exponer efectivamente a los sectores internos a mayor competencia, con el correspondiente efecto disciplinante en la distribución de recursos, especialización en la producción, composición de los mercados y formación de precios.

En ambos procesos, mantener instituciones de mercado dentro de un ambiente de libre competencia es uno de los mayores retos y, sin duda, el elemento diferenciador del concepto de estos tiempos con relación al del pasado. Avanzar en este objetivo es un trabajo que dejó hace tiempo de estar en manos de los formuladores de políticas comerciales, para pasar a manos de las instituciones encargadas de desarrollar y ejecutar el contenido de las leyes que soportan las reformas y la integración. No hay duda de que en las etapas que siguen a dichos procesos, las instituciones tendrán la carga fundamental de consolidar y contribuir a profundizar los logros hasta ahora obtenidos.

Con esta última premisa presente, este trabajo tiene por objeto analizar los principales retos que la apertura comercial y los procesos de integración tienen para la región, y particularmente, el rol que las instituciones tienen en la prevención de los obstáculos al desarrollo de mercados en condiciones de competencia y libre comercio. La Sección I tratará los problemas relativos a las regulaciones a los mercados y a las transacciones a nivel doméstico. La Sección II tratará la regulación de la competencia en el contexto de los procesos de integración. La Sección III tratará los efectos de la liberalización comercial y los procesos de integración económica en las condiciones de competencia. La Sección IV tratará el rol de las instituciones en los acuerdos de integración y su rol catalizador en la armonización de las disciplinas comerciales. La última sección ofrecerá algunas conclusiones y recomendaciones.

## **I. EL ACCESO A LOS MERCADOS Y LA LIBRE COMPETENCIA**

### **1. Las normas de competencia y los demás instrumentos regulatorios del comercio**

La promoción de un sistema de competencia es uno de los elementos centrales de todas las reformas que se realizan en la región a nivel comercial. Esto implica concentrar esfuerzos en los dos aspectos fundamentales de una economía de mercado: La remoción de los obstáculos a la entrada a los mercados y la prevención de conductas y estructuras anticompetitivas.

La remoción de los obstáculos a la entrada a los mercados es el más importante aspecto en la promoción de la competencia. Es asumido que en la medida en que la entrada sea más fácil, mayor será el número de participantes oferentes de bienes y servicios, y en consecuencia, menores las probabilidades de coordinación entre competidores para la fijación de precios y repartición de mercados. Las

políticas de intervención económica del pasado dejaron en los países de la región una serie de conductas difíciles de erradicar a los fines de introducir el proceso de competencia. Como producto de dichas políticas, las industrias en la región se desarrollaron en ambientes donde la noción de competencia era prácticamente inexistente. En su lugar, las restricciones al comercio otorgaron significativo poder a un limitado número de empresas en cada mercado, las cuales, sumadas a la inadecuada regulación a la inversión y a las altas barreras arancelarias, crearon severos obstáculos a la entrada de nuevos competidores, con la consecuente formación de mercados altamente concentrados por oligopolios y monopolios.

Para iniciar este proceso los países de la región han dependido de la liberalización arancelaria y la desregulación. A través de estos mecanismos los países no sólo han removido de la forma más eficiente y menos costosa el principal obstáculo a la entrada a los mercados, sino también han forzado la apertura de los monopolios y oligopolios domésticos a través de su exposición a la competencia internacional, con el consecuente efecto disciplinante en los precios internos. Para garantizar estos objetivos, los países han implementado legislaciones sobre competencia. Ha sido ampliamente reconocido en los países que es poco lo que la apertura comercial puede lograr en el largo plazo si en el mercado las empresas continúan concertando sus actividades, fusionándose entre sí para evitar la competencia, o realizando prácticas discriminatorias con el propósito de elevar los costos de operación de los competidores. De esta manera, las legislaciones de competencia tienen por objeto prevenir la realización de prácticas que tiendan a restringir la libre competencia a través del abusivo uso de posiciones dominantes en el mercado, o de la concertación de voluntades para influir en las condiciones del mercado.

Ahora bien, las expectativas referidas no pueden ser vistas aisladamente del contexto jurídico e institucional en el que se desarrolla la competencia. En economías en transición como las de la región, la armonización de los instrumentos de competencia con el resto de los instrumentos regulatorios juega un papel principal, particularmente cuando a la par de la liberalización comercial y las leyes de competencia, en otras instancias gubernamentales se desarrollan políticas o se sancionan leyes incompatibles con los mecanismos conforme a los cuales funciona el mercado. Esta inconsistencia interna del ordenamiento jurídico es el principal obstáculo para el acceso a los mercados en los países. Al menos dos aspectos pueden identificarse para explicar esta situación: Primero, el inadecuado uso de las leyes de competencia para prevenir las prácticas

anticompetitivas. Segundo, la propensión de los gobiernos y parlamentos a dictar regulaciones en contradicción con las disposiciones de las leyes de competencia.

Con relación al primero de los aspectos, relativo a la efectividad en el uso de las leyes de competencia, guarda relación con el grado de firmeza o debilidad con el que las instituciones hacen ejecutar dichas leyes. En efecto, estas leyes tienen por objeto castigar prácticas anticompetitivas en el mercado. Identificar estas prácticas exige el conocimiento del correspondiente grado de concentración de poder económico en cada uno de los mercados. Ya se ha expresado que a mayor concentración de poder, mayores son las posibilidades de concertación de voluntades entre competidores sobre las condiciones del mercado. En base a ello, las leyes sobre competencia prohíben ciertas prácticas *per se*, por considerar que atentan contra los principios y objetivos que promueve la competencia, mientras que la legalidad de otras prácticas es considerada en base a los beneficios que las mismas podrían traer en términos de eficiencia y competitividad.

Escapa al alcance de este trabajo analizar en detalle las prácticas anticompetitivas. No obstante, sí interesa destacar que una aplicación inadecuada de estas leyes puede contribuir a mantener muchas de las barreras existentes, cuando no a crear unas nuevas. Cuando prácticas anticompetitivas como, por ejemplo, los acuerdos colusorios entre competidores no son estrictamente perseguidas, los consumidores terminan pagando mayores precios, toda vez que estos acuerdos no tienen otro objeto que reducir la producción y elevar los precios. Lo mismo sucede cuando una empresa abusa de su posición de dominio en el mercado para imponer precios en condiciones monopolíticas. Del mismo modo, es igualmente importante favorecer en ocasiones la eficiencia que determinadas prácticas pudieran tener, aún cuando ellas signifiquen una reducción en la competencia. En los casos de fusiones de empresas, por ejemplo, éstas pueden bien ser realizadas para aumentar el grado de concentración de poder a los efectos de anticipar la entrada de nuevos competidores al mercado.

En estos supuestos, el análisis de las entidades debe conducir a la prohibición de dichas operaciones, toda vez que las mismas, al evitar la competencia, aumentan el grado de concentración con la consecuente repercusión en los precios. Sin embargo, existen fusiones cuyo propósito es aumentar la eficiencia mediante la reducción de los costos operacionales, bien a nivel de producción o de distribución, en cuyos casos el análisis debe conducir a

permitir dichas operaciones, en función de los beneficios que comportan. Lo mismo sucede en los casos de abusos de posiciones de dominio. No toda posición de dominio en un mercado necesariamente conlleva un efecto anticompetitivo. Existen empresas que han alcanzado tales posiciones en base a una demostrada mayor eficiencia, representada en mayor variedad, mejor calidad o mejores precios.

Con relación al segundo de los aspectos, referido a la capacidad armonizadora de los instrumentos regulatorios de la competencia, se encuentra vinculado con la capacidad de los países para definir el rango normativo e institucional que debe ocupar la política de competencia con relación al resto del ordenamiento, así como con la concepción y funcionamiento de las leyes de competencia en general. Uno de los problemas que ha tenido la implementación de las leyes de competencia en muchos países de la región ha sido la falta de rango de las mismas con relación al resto del ordenamiento jurídico ordinario. En una economía de mercado, la legislación sobre competencia es pieza central. Son estas leyes las que determinan la legalidad del resto del ordenamiento jurídico relativo al funcionamiento del mercado. Darle este rango principal a las leyes de competencia comporta en muchos casos la derogación de innumerables normas que coexisten con el mismo rango en el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, las leyes de competencia, al igual que las penales o disciplinarias, tienen la característica de ser esencialmente prohibitivas. Ya se ha expresado con anterioridad que es la ley la que por ejemplo define como prohibida la concertación de voluntades entre competidores, o el abuso de posición de dominio por una empresa en un determinado mercado con el propósito de reducir la producción e incrementar los precios. Bajo normas de esta naturaleza, los órganos ejecutores están limitados a la sola determinación de la existencia de la conducta, y consecuentemente a aplicar los correctivos, sin entrar en otras consideraciones como pudieran ser aquellas derivadas de autorizaciones otorgadas por otras normas.

Este funcionamiento deriva de la premisa de que se trata de leyes dirigidas a la acción de los particulares en el mercado, en el cual se presume que la intervención del Estado es realizada de manera consistente con los objetivos de la competencia. Por esta razón, las legislaciones sobre competencia carecen en muchos casos de instrumentos relativos a la defensa de los mecanismos de operación del mercado cuando se produce un conflicto con leyes o regulaciones contrarias a sus objetivos.

Son principios ampliamente conocidos en Derecho que las leyes se derogan por otras leyes, que las leyes especiales priman sobre las leyes generales, y que las leyes posteriores priman sobre las leyes anteriores. No hay legislación sustantiva en la región que haya estado más sujeta a los avatares de estos principios que la de competencia. Esto tiene su explicación en la forma sectorializada como en el pasado se regulaba la economía. Al tener cada mercado sus características, había que dictar un cuerpo de normas a la medida de cada uno. Ello dio lugar a que la agricultura tuviera su propio ordenamiento, al igual la manufactura, el transporte, los servicios financieros o el ejercicio de las profesiones, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Aún cuando las regulaciones de cada sector tenían el mismo rango normativo, los principios enunciados arriba se aplicaban sin problema al momento de resolver un eventual conflicto, atendiendo a las consideraciones de especialidad de cada sector. Un escenario distinto se plantea cuando, de la noche a la mañana, los países amanecen con sistemas de mercado. En estas circunstancias, las leyes de competencia introducen de nuevo la generalidad y abstracción propia de las leyes, y despojan al propio tiempo la característica sectorial de las regulaciones del pasado. De esta manera, los principios de la competencia se aplican a todos los sectores indiscriminada e independientemente de la naturaleza de cada mercado o sector económico.

Imponer algo tan primordial en Derecho como lo es la generalidad y abstracción de las normas ha sido particularmente difícil en materia económica cuando, tras décadas de intervencionismo, en los países de la región se generaron complejas redes de regulaciones contrariamente sectoriales. Regresar a estos principios implica no sólo una reducción sustancial de normas, instituciones administradoras y poderes generadores de regulaciones de los mercados, sino también una decidida tarea unificadora del Derecho en torno a los valores que propone un sistema de competencia.

En la región, la legislación sobre competencia ha sido implementada tras muy poca discusión sobre su rol y lugar en el ordenamiento jurídico. Esta ausencia de difusión, sumada a la complejidad de los conceptos contenidos, ha hecho que los administradores de estas leyes hayan tenido que dedicar gran parte de sus esfuerzos a la tarea de introducir la existencia de dichas leyes, así como identificar los posibles focos de conflicto de leyes. Por otro lado, los sujetos afectados por el régimen de competencia dedican muchos de sus esfuerzos en batallas legales destinadas a la defensa de la legalidad de los estatutos proteccio-

nistas del pasado. Esto ha hecho que, al margen de las leyes de competencia, continúen vigentes normas de naturaleza proteccionista, cuya incompatibilidad debe ser determinada en base a una revisión caso por caso, y que ha impedido la acción interventora en otras instancias de regulación aún con posterioridad a las leyes de competencia.

En estas circunstancias, la que se supone debe ser la legislación medular de un sistema de mercado, en muchos casos, es sólo una ley ordinaria más, sujeta a los problemas de conflicto de leyes a que debe someterse el resto del ordenamiento jurídico general. Mucho de ello se debe a que -en su implementación- se ha ignorado el período de ajuste que el ordenamiento jurídico requiere para sustituir de manera consistente las normas vigentes de intervención por las de mercado. Cuando estos mecanismos regulatorios operan inconsistentemente con los del mercado, las leyes de competencia tienden a ser neutralizadas, y los mercados reversionen su apertura facilitando prácticas monopólicas u oligopólicas. Estas prácticas terminan afectando negativamente a los consumidores, supuestos beneficiarios finales de las ventajas que se pregonan, así como al nuevo régimen en general debido a la falta de credibilidad que origina su inefectiva aplicación.

## **2. El problema de los costos de transacción comerciales**

Otra importante fuente de barreras a la entrada a los mercados, que por sus características no estructurales merece tratamiento separado, es la proveniente de los costos asociados a las transacciones comerciales.

Es generalmente aceptado que las transacciones comerciales se benefician en aquellos ambientes de mayor simplicidad de las normas y consistencia en su implementación. En ambientes donde sucede lo contrario, las transacciones tienden a verse reducidas e instituciones y mecanismos paralelos empiezan a emerger para reducir los costos impuestos por el ineficiente sistema formal de Derecho. A diferencia de las regulaciones que intentan mantener abiertos los mercados, las cuales son expresadas bajo el típico esquema Estado-Particulares, las regulaciones asociadas al tráfico comercial ordinario intentan afectar las relaciones Particulares-Particulares. Respecto de estas últimas, el Derecho ha estado rezagado a las realidades de los intercambios comerciales de las economías abiertas, las cuales demandan un mayor entendimiento de los problemas que suceden en el día a día de los procesos comerciales, sobre todo cuando la estrategia de apertura económica ha puesto considerables responsabilidades en el sector privado.

Si se analizan los esfuerzos de la región encaminadas a proteger la entrada a los mercados, se encuentra que el grueso de los esfuerzos se han dirigido hacia la progresiva ruptura de las estructuras monopólicas y oligopólicas, la regulación de monopolios naturales como resultado de la privatización de empresas o servicios públicos, y el mantenimiento de la disciplina de precios impuesta por la liberalización comercial. Sin embargo, si se trata de ir un poco más allá del sólo objetivo de mantener las condiciones de apertura de los mercados, se encuentra que la entrada a un mercado es un proceso que no sólo considera las variables estructurales o estratégicas de un país, sino también valora los detalles acerca de cómo hacer viables los intercambios propuestos.

Estos detalles pueden convertirse en barreras tan importantes al comercio, como aquellas de orden estructural de los mercados sobre las cuales el convencional análisis económico pone tanto énfasis. Si en una economía abierta existen posibilidades de que se generen conductas colusivas o monopólicas que puedan privar a la sociedad de los beneficios de la competencia, esto se debe en buena medida a la adecuada o inadecuada fluidez con la que el ordenamiento jurídico permite que se realicen las transacciones. De esta manera, es marginal el resultado que puede obtenerse al mantener un mercado abierto si las transacciones finales tienen lugar meses después a consecuencia de las exigencias impuestas por las regulaciones para la formalización de un determinado negocio. Igualmente sucede si los instrumentos del tránsito comercial no son confiables, si la protección de los derechos de propiedad intelectual es deficiente, o si los mecanismos de solución de controversias son lentos, costosos y complejos. Si estos elementos están ausentes en el diseño de las reformas, la aplicación de normas de competencia comenzaría a resultar también altamente costosa, con el consecuente efecto inhibitorio en el flujo de las transacciones.

Visto desde otro ángulo, en países donde las regulaciones son deficientes existe una mayor propensión a la discrecionalidad administrativa. Esto conduce a los participantes a emplear mayores recursos en actividades asociadas a la obtención de privilegios o al desentrañamiento de las redes burocráticas autoritarias, en lugar de en actividades empresariales productivas. En estas circunstancias, el hacer negocios se hace más difícil para quienes tienen menos recursos y habilidades, reduciendo de esta manera la competencia en favor de aquellas empresas de considerable tamaño y reputación. La reducción en el número de competidores siempre va a conducir al indeseable aumento en los índices de

concentración, con la consecuente reducción de la producción y el aumento de precios.

En muchos países, la dinámica comercial ha encontrado adecuados sustitutos a los obstáculos que imponen ciertas regulaciones al punto de hacer operar a las empresas al mismo nivel de eficiencia de aquellas cuyas actividades se realizan dentro de los canales formales. Esto conduce a las empresas hacia la búsqueda de una mayor integración vertical de actividades. Desde el punto de vista de las empresas, este tipo de integración reduce los costos y las incertidumbres derivadas de las transacciones. Sin embargo, desde el punto de vista de los beneficios para la economía en general, esto se traduce en costosas ineficiencias en términos del empleo de recursos, dada la falta de especialización y diversificación en las cadenas productivas, convirtiéndose en un importante elemento para evitar la competencia.

Otro efecto de estas deficiencias en el ordenamiento jurídico es la propensión al desarrollo de los sectores informales en las economías de la región. Debido a lo poco significativo del tamaño de cada empresa y a la alta fragmentación que caracteriza la actividad de estos sectores, la competencia es prácticamente inexistente. Por el contrario, los sectores informales son canales muy recurridos para el tránsito cartelizado de bienes y servicios. Estos sectores se benefician de la incapacidad material de las entidades sobre competencia para detectar sus prácticas, no sólo por las dificultades de escala que representan, sino porque la mayoría de las transacciones se realizan bajo modalidades no formales. En estas circunstancias, el proceso de investigación y sustanciación de una denuncia sobre violaciones a la legislación sobre competencia carece de los elementos incriminatorios exigidos por el derecho formal.

En las circunstancias comentadas, las condiciones para el uso de los recursos, así como el acceso al financiamiento y la innovación tecnológica se hacen extremadamente difíciles. Es necesario que la región acompañe los estímulos a la libre competencia con la reforma de las estructuras regulatorias de los procesos de registro de empresas, de marcas comerciales y patentes, y de transferencia de tecnología. Es igualmente necesario que la región considere la reforma de los marcos regulatorios concernientes a los instrumentos de tránsito comercial, tales como cheques, letras de cambio, pagarés y letras de crédito. Finalmente, un importante avance en las labores facilitadoras del curso de las transacciones es el decidido fortalecimiento en materia de reforma judicial, al igual que en la aplicación de métodos alternativos de solución de controversias,

tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje comercial.

Si a los llamados aspectos micro de las transacciones se agrega la protección del Estado a las condiciones macro de entrada a los mercados, entonces el Derecho habrá contribuido enormemente a la creación de sólidas instituciones de mercado. Lo contrario haría del Derecho un elemento más de perturbación en las relaciones comerciales.

## **II. LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO Y LA RENOVACIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA**

### **1. Las barreras de acceso a los mercados y los acuerdos de integración**

La revitalización de los procesos de integración en condiciones de apertura económica retoma los viejos problemas que el Derecho de la Integración ha intentado resolver desde hace ya mucho tiempo, tales como la armonización de legislaciones, la aplicación directa de las normas derivadas de los acuerdos y, en general, la edificación de instituciones capaces de consolidar y profundizar las ventajas de la integración. Mucha de la teoría general sobre estos problemas ya ha sido construida en América Latina por importantes especialistas de la región, y pareciera que es poco lo que se pudiera innovar al respecto. Sin embargo, un elemento que la doctrina de la integración latinoamericana no se planteó en el pasado fue la importancia de estos problemas cuando los países deciden integrarse a partir de la adopción de esquemas de mercado fundados en el libre comercio.

Si se analiza el patrón de los acuerdos de integración existentes en la región, así como aquellos puestos en vigencia en la última década, el desarrollo de los mismos ha sido simple. En condiciones de libre comercio, los países comienzan por remover los más directos obstáculos al acceso a un mercado como son los aranceles. El incremento de los flujos comerciales en mercados integrados empieza a mostrar que la sola reducción arancelaria no es suficiente, toda vez que las prácticas desleales en condiciones de dumping o estimuladas mediante subsidios que empiezan a encontrarse son protegidas en unos países y en otros no. Igualmente sucede cuando unos países ofrecen mayor protección que otros a la libre competencia, las inversiones, o la propiedad intelectual, entre otros.

Estas disparidades en el tratamiento de los problemas asociados a una economía de mercado terminan ofreciendo en el corto plazo mayores ventajas competi-

vas a un país sobre otro. Con el desarrollo del proceso los países han tomado conciencia sobre la necesidad de reducir estas posibles disparidades o diferencias, de manera que exista un equilibrio uniforme en las condiciones de intercambio entre los países embarcados en los diferentes acuerdos, y así evitar posibles distorsiones de parte de o en aquel país con mayores debilidades institucionales, según sea el caso.

Aún cuando el objetivo de la armonización de leyes en el contexto de la integración es compartido por unanimidad, el debate continúa centrado en el cómo alcanzarlo. De una parte se encuentran aquellos países cuyos acuerdos establecen las disciplinas generales para el libre comercio, dejando su desarrollo y aplicación en manos de cada país, i.e., TLCAN o el Mercosur. De otra parte, se encuentran aquellos países cuyos acuerdos dejan el desarrollo y aplicación de las disciplinas en manos de órganos institucionales supranacionales, i.e., la Comunidad Andina.

En la elección del esquema de integración más apropiado, un elemento fundamental es el grado de soberanía que cada país está dispuesto a aportar en favor de la aplicación de un ordenamiento jurídico común. De esta manera, es asumido que cuando los esquemas de integración son menos comprometidos los países envueltos son más dependientes de las concesiones arancelarias para abrir las oportunidades en los respectivos mercados, dejando a los ordenamientos e instituciones de cada país la tarea de reducir al mínimo las barreras no arancelarias en base a las disciplinas aceptadas en cada acuerdo. Cuando los esquemas son más ambiciosos, los países envueltos protegen los beneficios arancelarios e integran sus mercados a través de ordenamientos e instituciones comunes.

La dinámica de la integración conlleva a la aplicación de dos ordenamientos jurídicos complementarios. Por un lado, el ordenamiento interno, tendiente a garantizar las ventajas del sistema de competencia dentro de la jurisdicción de cada país; y por el otro, el ordenamiento derivado de los esquemas de integración, tendiente a preservar la apertura de los mercados y a garantizar el principio de trato nacional de los productos dentro de un espacio comercial ampliado, ello a los efectos de promover consistentemente los objetivos asociados con la competencia.

Esta dinámica ha obedecido a que los procesos de integración tienden a alcanzar sus objetivos de forma gradual, y la necesidad de regular los efectos ulteriores depende del grado e intensidad del comercio que los países envueltos generen. Esta elaboración es la que ha generado la difundida afirma-

ción de que en esquemas de integración con bajos niveles de intercambio, o cuando el proceso de reducción arancelaria es lento, o poco comprensivo, las instituciones y estructuras supranacionales carecen de relevancia, toda vez que la pérdida de flujos comerciales reduce las posibilidades de que algún efecto negativo se produzca en alguno de los mercados involucrados, y en consecuencia active los mecanismos supranacionales.

Por otra parte, es afirmado que los costos asociados a la cesión de soberanía y a la aplicación uniforme de reglas por órganos neutros parecieran justificarse sólo cuando los beneficios comerciales que aporta la apertura se ven entorpecidos por la incapacidad de los instrumentos jurídicos de cada país de hacer valer los compromisos derivados de los respectivos acuerdos. En esquemas simples de integración fundados en la eliminación de barreras arancelarias, esta relación es la que en la práctica fortifica la aplicación de la normativa interna a los supuestos perjuicios que el país receptor sufre como consecuencia de los estímulos arancelarios.

Si se observa la tendencia integracionista mundial en función de este elemento, se puede encontrar una marcada preferencia hacia zonas de libre comercio cuyas disciplinas comerciales son administradas soberanamente por cada país miembro. A esta tendencia no escapa la región, donde con la excepción de la Comunidad Andina, el resto de los acuerdos subregionales o bilaterales adoptan esta forma de integración. En estos esquemas las barreras no arancelarias derivadas de conductas anticompetitivas o desleales provenientes de las empresas domésticas son el principal elemento de limitación y distorsión de los flujos comerciales que los mecanismos arancelarios procuran estimular.

Así, a la par de las reducciones arancelarias, surgen las legislaciones sobre prácticas desleales en el comercio internacional. Esta legislación procura atacar las distorsiones que los subsidios y demás beneficios fiscales otorgados a las empresas por los Estados, o las estrategias predatorias de exportación en condiciones de dumping pueden tener en las condiciones de competencia a que supuestamente está sujeto el comercio internacional.

Los temores sobre los subsidios, aun cuando latentes, ciertamente se han venido eliminando dada la convicción general sobre su inconveniencia y los altos costos fiscales que suponen para los países. En particular, la contribución del nuevo Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC es un importante marco de referencia a la acción de los Estados, dado el nivel de consenso alcanzado a nivel global sobre este tema en

el comercio internacional. Sin embargo, los temores sobre prácticas en condiciones de dumping persisten y la aplicación de las legislaciones es cada vez más creciente a nivel global, particularmente a nivel de esquemas de integración. Esta tendencia está contribuyendo a la segmentación de los mercados con los consecuentes efectos inhibidores en el comercio.

## **2. Un caso para la armonización en materia de competencia: las prácticas de dumping**

En mercados integrados, el dumping es el ejemplo más recurrido al momento de describir las distorsiones que pueden producirse por efecto de la falta de armonización de los ordenamientos jurídicos sobre competencia. En términos sencillos, el dumping es una práctica desarrollada en dos mercados independientes y sujetos a jurisdicciones distintas, donde el exportador vende sus bienes en el mercado externo a un precio inferior al que impone en su mercado doméstico.

Esta práctica es generalmente aceptada como violatoria de la libre competencia cuando es realizada dentro de la jurisdicción de cada país, por cuanto se desarrolla en contravención de los principios de eficiencia económica que rigen el proceso competitivo. Cuando en el mercado doméstico un productor vende sus bienes por debajo de sus costos, está incurriendo en una práctica anticompetitiva la cual se presume tiene como propósito desplazar a los competidores fuera del mercado a los efectos de imponer su producto en condiciones monopólicas.

Las prácticas de dumping operan con la misma racionalidad de las prácticas predatorias o de discriminación de precios desarrolladas a nivel doméstico, sólo que se benefician de la incapacidad que tienen las leyes de competencia de ser aplicadas extraterritorialmente. Si se trata de aplicar la legislación sobre competencia del país del exportador, ésta tiene poco que decir porque los efectos de la práctica no afectan directamente a ninguno de los competidores internos. Si se trata de aplicar la legislación del país importador, ésta igualmente resulta inefectiva ya que carece de autoridad para investigar las prácticas en su lugar de origen.

En ambas situaciones, el uso de estos instrumentos de defensa comercial conlleva la pérdida de los beneficios que la apertura comercial promete llevar a los consumidores. Si las exportaciones se hacen efectivamente en condiciones de dumping, los beneficios que reciben los consumidores del país importador en mejores precios, los pagan los consumidores del país exportador en mayores precios debido al traslado de costos de un mercado al otro.

Si por el contrario, las exportaciones son objeto de desproporcionadas o injustificadas medidas antidumping, los consumidores del país importador pierden los beneficios en precios de la competencia externa, teniendo que pagar más altos precios, impuestos por un mercado que ha sido cerrado en la práctica. En ambos contextos los productores domésticos de cada país obtienen los beneficios de la debilidad en la interacción entre las normas de competencia y de prácticas de dumping.

El problema del dumping refleja dos aspectos donde el Derecho no ha sido completamente efectivo o esta en plena evolución. Por una parte, el dumping es un reflejo en los mercados externos de las debilidades en la aplicación de las normas de competencia en los mercados internos, producto de la limitación que tienen las legislaciones domésticas sobre competencia de extender su aplicación a aquellas jurisdicciones donde la práctica anticompetitiva se produce. Por la otra, las legislaciones sobre dumping son una solución de naturaleza intermedia, cuyo propósito es compensar a la parte afectada por las limitaciones en la aplicación extraterritorial de las normas sobre competencia.

Los problemas asociados a las prácticas de dumping se acentúan obviamente entre aquellos países que más comercian, y éstos lógicamente son aquellos que forman parte de acuerdos de integración regional. Por ello, hacer depender el flujo comercial de la sola aplicación doméstica de legislaciones tan opuestas en sus propósitos como lo son las de competencia y de dumping puede terminar siendo tremendamente contraproducente, toda vez que a los problemas asociados a las ineficiencias y pérdidas de beneficios económicos expresados anteriormente, debe agregarse la desconfianza que los países envueltos empiezan a generar entre sí debido a las acusaciones sobre falta de transparencia, consistencia y neutralidad en la imposición de las medidas compensatorias, las cuales terminan con el debilitamiento del principio de tratamiento nacional que da lugar a los beneficios del acuerdo de integración.

Desafortunadamente, estos problemas no parecen resolverse en ninguno de los esquemas de integración de la región, debido en buena medida a la ausencia de mecanismos e instituciones de coordinación supranacional de estas fuentes de obstrucción al comercio. Tratar de despejar los obstáculos que ofrece cada esquema regional a los efectos de hacer prevalecer la libre competencia, es un esfuerzo con el cual la región debe comprometerse para consolidar las ventajas que predica el libre comercio con relación a la ampliación de los mercados.

Existen innumerables razones para que en cualquier esquema de integración la aplicación de legislaciones sobre dumping pierda su sentido. Ya está demostrado que los problemas entre los países radican esencialmente en atacar las distorsiones que en cada mercado pueden resultar de acciones, llamémoslas predatorias o de discriminación en precios. En la práctica, los países han optado por resolver los efectos de dichas prácticas a través de la aplicación de las legislaciones sobre antidumping, cuando resulta más beneficioso y menos costoso para los agentes involucrados en el libre comercio el atacar las causas de dichas prácticas a través de las legislaciones sobre competencia.

Obviamente, el problema no es tan simple de resolver. Se trata de armonizar la aplicación de normas sustantivas y adjetivas para la determinación de precios y conductas empresariales. Para ello debe haber pleno entendimiento de las condiciones estructurales de cada mercado, al igual que de las prácticas que influyen en la determinación de los precios. Ya se ha señalado que la sola aplicación de las leyes de competencia por cada país no resuelve el problema ya que las acciones desleales son realizadas por empresas cuya jurisdicción se encuentra en un territorio ajeno a aquel donde se producen los daños. Dos vías se han sugerido para alcanzar este objetivo. Una, a través de la aplicación extraterritorial de las correspondientes leyes sobre competencia. La otra, a través de la aplicación de normas uniformes por parte de órganos supranacionales.

En ambas propuestas, el elemento a sortear es el de la posible pérdida de soberanía de cada Estado en la aplicación de sus leyes, elemento que siempre comporta severas pruebas a los procesos de integración. No está en la orientación de la región la aplicación extraterritorial de las legislaciones sobre competencia. La región se encuentra más cerca de lograr acuerdos en torno a la aplicación de un sistema más comprensivo sobre competencia a través de órganos comunes. Para ello, la región debe profundizar sus reformas estructurales, valorar el potencial de oportunidades que la apertura ofrece, e internalizar los perjuicios que contrae la erección innecesaria de barreras al comercio. Esto facilitaría los esfuerzos para llevar adelante formas de integración más ambiciosas.

### **III. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA**

La renovación de los existentes, así como la aparición de nuevos acuerdos de integración en la región, son parte de la estrategia de cada país para ampliar

sus mercados y potenciar las oportunidades comerciales. Lo que se ha dado en llamar el regionalismo abierto ha hecho que los países de la región se integren simultáneamente en múltiples acuerdos, lo que conlleva, en los casos de aquellos países pertenecientes a acuerdos ya existentes como los de la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano, el Mercosur, o de los más recientemente creados TLCAN y Grupo de los Tres, al desprendimiento de sus tradicionales lealtades hacia los proyectos originales de integración, tales como el avance hacia la adopción de aranceles externos comunes, o la formación de uniones aduaneras.

Esta multilateralización de los procesos de integración apunta más bien hacia la consolidación de los procesos internos de apertura hacia el libre comercio. Los principios son muy básicos en términos conceptuales: ejecutar los programas de liberación arancelaria conforme a los cronogramas convenidos, y garantizar la apertura de los mercados en condiciones de libre competencia. Los problemas vienen por una parte con la administración de los distintos programas de liberación, y por la otra, con las disparidades en el desarrollo de las disciplinas comerciales. En este ambiente, los grandes retos se presentan para lograr una consistente armonización entre los muy diversos compromisos que cada país ha asumido.

El primer elemento a considerar en la multilateralización de la integración es la fragmentación arancelaria en la cual el acceso a cada mercado demanda un cada vez más sofisticado proceso de verificación de origen y administración aduanera. Escapa del alcance de este trabajo un análisis sobre los regímenes de origen y aduaneros de la región. No obstante, es posible advertir acerca de los problemas que este aspecto podría traer en cuanto los procesos productivos en la región se diversifiquen conforme a las ventajas comparativas que cada país pueda aportar. Hasta ahora, los acuerdos han asumido intercambios comerciales en los cuales el proceso productivo es realizado enteramente dentro de cada país, toda vez que lo que se persigue es el estímulo del comercio. Es lógico suponer que en la medida en que el comercio se incrementa, demandará mayor eficiencia en la determinación de los productos y sus procesos. Lo contrario terminará constituyendo un obstáculo al libre comercio, no sólo entre los países envueltos en la verificación arancelaria, sino también con aquellos terceros países participantes en la producción de los bienes finales.

Otro aspecto a resaltar de la fragmentación arancelaria resultante de la multilateralización de la inte-

gración, es el de las limitaciones que los diversos compromisos imponen a cada país para avanzar hacia proyectos más avanzados de integración. Este es el caso de aquellos acuerdos que contemplan la zona de libre comercio como el inicio de un proceso que prevé terminar en una unión aduanera como lo son la Comunidad Andina, Mercosur, Caricom y el MCCA. Cuando uno de los países miembros de estos acuerdos se incorpora a otro de los grupos encuentra que su estrategia de integración es sólo compatible jurídicamente con la zona de libre comercio, más no con la unión aduanera, en razón de que un país no puede mantener dos aranceles externos comunes al igual que dos regímenes de excepciones comerciales al mismo tiempo. Esta circunstancia obligaría al país en cuestión a decidir bajo cuál acuerdo mantener sus obligaciones, o a negociar un tratamiento especial de sus aranceles con sus países socios, lo cual desnaturalizaría el sentido de cada acuerdo. Como tal, estas incompatibilidades tendrán que ser confrontadas por los países en el futuro cercano, en virtud de que el agotamiento de la mayoría de las zonas de libre comercio está previsto a más tardar dentro de la primera década del siglo que viene.

El segundo elemento en cuestión es el del tratamiento de las disciplinas comerciales por el ordenamiento jurídico de cada país, el cual ha sido referido en detalle en las secciones anteriores de este trabajo como una de las fuentes principales de erección de barreras al comercio entre los países. En este sentido, la multilateralización de la integración favorece la aplicación de las normas y mecanismos de defensa comercial, en razón de los estímulos que los acuerdos de liberalización ofrecen tanto a los exportadores, como a los productores domésticos afectados para cuestionar la lealtad de los flujos comerciales. Iguales temores podrían observarse en áreas fundamentales como la protección de la propiedad intelectual, o la protección de inversiones, donde deficientes regulaciones contraerían un directo desestímulo del comercio entre los países.

No hay duda de que mediante la multilateralización de la integración, los países de la región han potenciado como nunca antes la reciprocidad de su comercio, y ello es un hecho a resaltar si se compara con el desempeño en el pasado. Ahora bien, estos procesos, por otra parte, han suspendido importantes avances que diversos grupos de la región habían realizado en el pasado en sus procesos de integración, al propio tiempo que han hecho perder mucha de la cohesión que la integración exige a sus miembros, con la consecuente pérdida de influencia que estos grupos podrían tener en el liderazgo del desarrollo de procesos más ambiciosos en la región.

Una de las consecuencias de estos procesos ha sido el hecho de que una vez más se haya pospuesto la discusión sobre la necesidad de instituciones encargadas de armonizar las disciplinas de la integración. Los problemas en la aplicación de las leyes de competencia y de defensa comercial a que se ha hecho referencia en este trabajo, son ejemplos de áreas donde la sola acción de los países no ha podido eliminar la erección de barreras a la entrada de los mercados de la región. No obstante, hay una larga lista de áreas de regulación fundamentales para alcanzar los objetivos ulteriores de la integración.

Desde luego, no se trata de resolver problemas de índole jurídico con estructuras supranacionales puramente. Esta necesidad de instituciones tampoco viene sólo del modelo formal de los acuerdos, toda vez que se puede tener instituciones con roles de mera supervisión de los compromisos, sin que ello signifique mayor avance en la integración. Las instituciones sirven para motorizar avances y facilitar el cumplimiento de las etapas. Conforme la integración avance hacia esquemas más avanzados, las decisiones deberán ser tomadas de forma más coherente y con visión comunitaria.

Una efectiva integración está determinada no sólo por la creación de instituciones, sino por la intensidad con que los países miembros reconozcan e implementen consistentemente las acciones de dichas instituciones. La falta de coordinación entre los acuerdos en la región ha creado una compleja red de leyes y mecanismos que no sólo obstaculizan la integración, sino que contribuyen a fortalecer la tensión entre integración y soberanía. Es en las fuentes de creación y control de la legalidad del Derecho donde están los problemas. El estímulo del comercio viene por la inhibición reguladora de los Estados, al igual que la integración viene por la decidida acción de los Estados de armonizar pro-comunitariamente aquellos objetivos que van más allá del comercio.

No hay duda de que en el futuro cercano el tema de la institucionalidad de la integración será fundamental. Los signos que comienzan a observarse en la región en torno a la fusión entre los diversos acuerdos, al igual que el movimiento hacia el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) tendrán que tratar la integración en un contexto que vaya más allá de la agenda arancelaria. En ese escenario, las barreras al comercio, la competencia, la propiedad intelectual, y los mecanismos de solución de disputas comerciales, deberán ser objeto de un tratamiento armonizado, resultado de la implementación y ejecución consistente de principios y normas comunes.

#### IV. CONCLUSIONES

La liberalización arancelaria y la adopción de estructuras jurídicas e institucionales de mercado ha sido uno de los avances más importantes de la región en su proceso de recuperación económica. Para que la región se beneficie de las ventajas del libre comercio, las empresas requieren de un abierto e igual acceso al mercado, así como de certeza respecto a los múltiples aspectos de las transacciones. En una economía abierta, el sector privado es el que lleva la carga del desarrollo económico y las nuevas regulaciones de mercado deben responder a esas preocupaciones en la medida en que éste debe adaptarse a un entorno donde las decisiones son más independientes y dirigidas a un mercado más global.

Mantener un abierto y no discriminatorio acceso a los mercados es todavía uno de los grandes retos de la región en la consolidación de los procesos de apertura comercial. La reducción arancelaria y la puesta en ejecución de leyes sobre libre competencia por sí mismas no garantizan las ventajas de un sistema competitivo. Es necesario que la acción del resto de las instituciones competentes en materia económica y comercial sea consistente con los mecanismos de una economía de mercado. Es igualmente necesario introducir reformas en el ordenamiento regulador de las transacciones comerciales a nivel de los particulares, con el fin de facilitar y reducir los costos del tráfico comercial. Estas dos acciones contribuyen a garantizar certeza en las transacciones y reducir los márgenes de discrecionalidad en la conducción de los procesos económicos.

La apertura comercial y la integración han traído consigo una legislación que demanda la aplicación de sofisticados y complejos conceptos económicos. La implementación de leyes de competencia y de defensa comercial debe constituir sólo el comienzo para entender el funcionamiento de una economía de mercado. Su inadecuado o extralimitado uso puede constituirse en fuente de protección. Identificar las conductas en cada mercado, entender como éstas interactúan, cuáles son sus efectos e intervenir oportunamente para corregir los abusos de poder, es una labor que requiere enormes esfuerzos de instrucción y divulgación, una exigente capacitación de recursos humanos, fortificación de estructuras institucionales, y fundamentalmente, una decidida voluntad para hacer prevalecer la normativa en cuestión. Estas condiciones, está de más decir, no vienen con la sola reducción arancelaria.

La disparidad en la concepción y aplicación de las leyes sobre competencia y prácticas desleales del

comercio internacional por parte de los países está causando preocupantes distorsiones en el flujo comercial de la región. Estas distorsiones resultan más preocupantes cuando provienen de países miembros de acuerdos de integración. El caso de la creciente apertura de investigaciones en materia de dumping o subsidios, o el uso de cláusulas de salvaguardias está evidenciando la necesidad de avanzar en los procesos de armonización de leyes e instituciones en materia de competencia en la región. La gradual sustitución de las leyes sobre prácticas desleales de comercio por leyes sobre competencia no resuelve el problema de fondo sobre prácticas predatorias o de discriminación de precios. La solución está en la eliminación de las barreras jurisdiccionales dentro de los países miembros de los acuerdos subregionales y en la administración de disciplinas comunes.

En la medida en que se sigan desarrollando acuerdos de libre comercio en los cuales la aplicación de las disciplinas comerciales quede en manos de cada país, mayor será la propensión a la aplicación de medidas discriminatorias y de defensa comercial. La región debe avanzar hacia la institucionalización de la integración a los efectos de dar un tratamiento consistente a las fuentes generadoras de obstáculos al libre comercio.

#### REFERENCIAS

- Gerber, David. 1994. «*The Transformation of European Community Competition Law?*». Harvard Journal of International Law, No. 35, Invierno, pp: 97-147.
- Guasch, J. Luis y Rajapatirana, Sarath. 1994. «*The Interface of Trade, Investment and Competition Policies: Issues and Challenges for Latin America*». The World Bank, PRWP, No. 1393, Diciembre.
- Jatar, Ana Julia. 1996. «*Competition Policy in the European Economic Community: Lessons for Latin America*». Mimeo, Inter-American Dialogue, Washington, D.C.
- Dutz, Mark y Sethaput, Suthiwart. 1996. «*Competition Issues beyond Trade Liberalization: Distribution and Domestic Market Access*», en: Frischtak, Claudio ed. *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*, The World Bank, Washington, D.C.: pp. 69-83.
- Miranda, Jorge. 1996 «*Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?*». Law and Policy in International Business, No. 28, Otoño, pp: 255-288.

Rodríguez, A.E. y Williams Mark. 1996. «*The International Harmonization of Competition Policy: An Analytical Framework*». Mimeo, U.S. Federal Trade Commission, Washington, D.C..

Steinhardt, Ralph. 1991. «*The Privatization of Public International Law*». *George Washington University Journal of International and Economic Law*, No. 25, Invierno, pp: 523-553.

Tineo, Luis. 1997. «*Competition Policy and Law in Latin America and the Caribbean: From Distribution to*

*Market Efficiency*». Monterrey Institute of International Studies, CTCD WP No.4, Febrero.

Wood, Diane. 1996. «*When is Market Access Really Market Access?*». *International Business Lawyer*, No. 26, Noviembre, pp: 494-496.

Wolff, Allan. 1995. «*The Problems of Market Access in the Global Economy: Trade and Competition Policy*», en: *New Dimensions of Market Access in a Globalizing World Economy*, OECD, Paris: pp. 195-217.