

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/WGTCP/W/201
12 de agosto de 2002

(02-4388)

**Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre
Comercio y Política de Competencia**

Original: inglés

COMUNICACIÓN DEL CANADÁ

A continuación se reproduce el texto definitivo del documento transmitido por la Misión Permanente del Canadá, cuya versión preliminar se distribuyó para la reunión del Grupo de Trabajo celebrada los días 1º y 2 de julio de 2002.

DISPOSICIONES SOBRE LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS - UN PUNTO DE PARTIDA

1. Esta nota pretende estimular el debate acerca de la viabilidad y la conveniencia de emplear la Recomendación de la OCDE sobre los cárteles intrínsecamente nocivos (Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a medidas eficaces contra los cárteles intrínsecamente nocivos, denominada en esta nota la "Recomendación" o la "Recomendación de la OCDE") como punto de partida a tener en cuenta para examinar las posibles disposiciones de la OMC en la misma esfera.

2. Nuestros debates en el Grupo de Trabajo reconocen que existe una preocupación compartida en relación con las prácticas de los cárteles internacionales. En el Informe Anual de la Organización Mundial del Comercio de 1997 se subrayó la importancia creciente de los cárteles internacionales para el sistema multilateral expresándose que existían signos de que una proporción creciente de los acuerdos de cartel tenían un alcance internacional y que los cárteles que distorsionaban el mercado internacional socavaban el funcionamiento de un sistema de comercio liberalizado y de unos mercados nacionales competitivos. Sin duda, en la Declaración Ministerial de Doha se evidencia esta preocupación.

I. ¿POR QUÉ CABE CONSIDERAR LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR DISPOSICIONES MULTILATERALES CONTRA LOS CÁRTELES?

3. Si muchos países ya han prohibido determinados cárteles, y la OCDE y la UNCTAD han realizado una labor constante a fin de aumentar la conciencia sobre el problema de los cárteles privados, ¿por qué cabe considerar la posibilidad de concertar un acuerdo multilateral en esta esfera? ¿Cuál sería el valor añadido de un acuerdo de la OMC en esta materia? Se ha argumentado que por lo menos tendría tres ventajas:

- En primer lugar, no todos los Miembros de la OMC poseen regímenes en materia de competencia y, por tanto, en muchos países no existen prohibiciones legales de los cárteles privados.

- En segundo lugar, un acuerdo de la OMC establecería un consenso multilateral sobre las consecuencias perjudiciales de los cárteles intrínsecamente nocivos y afirmaría el interés de los países Miembros en combatir dichos cárteles.
- En tercer lugar, un acuerdo de la OMC advertiría a los cárteles en todo el mundo de que disponen de menos refugios seguros para realizar sus actividades.

II. LOS DISTINTOS ASPECTOS DEL PROBLEMA DE LOS CÁRTELES

4. En 2001, el Banco Mundial publicó un documento de antecedentes relativo a los cárteles internacionales privados y sus consecuencias en los países en desarrollo, de Margaret Levenstein y Valerie Suslow. En ese documento se analizan las posibles consecuencias de los recientes cárteles internacionales privados sobre los países en desarrollo mediante cinco estudios de casos. Muchos de los cárteles de mayor tamaño han tenido repercusiones sobre los mercados en todo el mundo. Algunas conclusiones preliminares del documento son las siguientes:

- No es posible calcular el número real de cárteles internacionales que existían en el decenio de 1990.
- Las autoras señalan que la falta de enjuiciamiento de los monopolios por parte de los propios países en desarrollo potencia la escasez de información sobre dichos cárteles en los mercados de los países en desarrollo.
- Las autoras han calculado el pago excesivo realizado por los países en desarrollo a las empresas que participan en los cárteles. Levenstein y Suslow señalan que, en 1997, los países en desarrollo realizaron importaciones de productos por valor de 81.100 millones de dólares EE.UU. provenientes de empresas que habían establecido una asociación ilícita para fijar los precios durante el decenio de 1990. Estas importaciones constituyeron el 6,7 por ciento del total de importaciones y el 1,2 por ciento del PIB de los países en desarrollo. Dichas importaciones constituyeron un porcentaje del comercio aún mayor en los países en desarrollo más pobres, y se estimó que estos productos provenientes de cárteles representaron para algunos de esos países el 8,8 por ciento de las importaciones.
- Los cárteles utilizan diversas técnicas para impedir la entrada en sus ramas de producción. Ésta es una observación de suma importancia que especifica la doble consecuencia de los cárteles: la desviación de los escasos recursos o las reservas en moneda extranjera debido a los pagos excesivos y las consecuencias negativas sobre la competencia en general y sobre los recursos industriales, tecnológicos y de exportación de las empresas y los productores nacionales. Estas repercusiones pueden crear serios problemas tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo.

5. Otras fuentes también proporcionan datos convincentes sobre la amplitud del daño causado por los cárteles intrínsecamente nocivos. En el informe de la OCDE titulado "Nuevas iniciativas, viejos problemas" (23 de marzo de 2000) se presentan las estimaciones de los Estados Unidos sobre las repercusiones económicas de los cárteles. Se estima que el porcentaje de la ganancia ilegal derivada de la fijación de precios es el 10 por ciento del precio de venta, pero el perjuicio generalizado a los consumidores puede llegar a un 20 por ciento del volumen afectado por el cártel.

III. TENDENCIAS RECIENTES EN LAS MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES

6. En el decenio de 1990 se pudo observar un importante cambio en la atención prestada a las medidas de lucha contra los cárteles intrínsecamente nocivos. A lo largo de dicho decenio se han adoptado importantes iniciativas: el fortalecimiento de las medidas nacionales relativas a la observancia por parte de las autoridades de los principales países desarrollados, la introducción de programas de indulgencia con las empresas y, en algunas jurisdicciones, una reducción del número de excepciones permitidas en las leyes nacionales contra los cárteles.

7. En 1998 se produjo un acontecimiento muy importante: la adopción de la Recomendación por parte de los miembros de la OCDE. Este hecho supuso la primera manifestación de consenso internacional pormenorizado sobre las medidas de lucha contra los cárteles. Surgió como respuesta ante el claro desafío a la política y la legislación en materia de competencia evidenciado en la creciente constatación del daño que dichos cárteles causaban a los consumidores. Los responsables de la política antimonopolio acordaron la Recomendación para fortalecer la observancia.

8. Fueron varios los motivos que llevaron a la adopción y la emisión de esta Recomendación, entre ellos el reconocimiento de que los cárteles intrínsecamente nocivos son las violaciones más flagrantes de la legislación sobre la competencia y que perjudican a los consumidores de muchos países mediante el aumento de los precios y la limitación de la oferta. De este modo, para algunos compradores los bienes y servicios resultan completamente inaccesibles y, para otros, innecesariamente caros. Desde una perspectiva internacional, la actuación eficaz contra los cárteles intrínsecamente nocivos es especialmente importante debido a que las distorsiones del comercio mundial que provocan los cárteles fomentan las posiciones dominantes, el despilfarro y la ineficiencia.

9. La Recomendación de la OCDE subrayó la política de consenso favorable a la lucha contra los cárteles. Este consenso se basó en los siguientes fundamentos económicos:

- a) Los cárteles intrínsecamente nocivos carecen de toda relación con las funciones productivas.
- b) Estos cárteles reducen el bienestar social, crean ineficiencia en la asignación de los recursos y transfieren la riqueza de los consumidores hacia los participantes en el cártel mediante la reducción de la producción por debajo de los niveles establecidos por el mercado.
- c) Dichas restricciones a la larga son perjudiciales. La utilización de los cárteles para evitar el rigor de la competencia puede llevar a la creación de estructuras productivas artificiales, antieconómicas e inestables, menor productividad y un alza de precios sostenida.

IV. ELEMENTOS DE LA RECOMENDACIÓN DE LA OCDE

- Un cártel intrínsecamente nocivo es una de las siguientes formas de conducta, que no están definidas en la Recomendación: la fijación de precios, la restricción de la producción, la concertación en las ofertas y la división del mercado. Se permiten excepciones de conformidad con las leyes de los miembros.
- En la Recomendación se alienta a los países miembros de la OCDE a adoptar leyes sobre la competencia que prohíban y disuadan eficazmente los cárteles intrínsecamente nocivos.

- La Recomendación constituye un compromiso no vinculante. Se basa en un enfoque común de la prohibición de los cárteles intrínsecamente nocivos. No pretende ni adopta un conjunto de criterios comunes.
- La Recomendación insta a los miembros de la OCDE a garantizar que sus leyes sobre la competencia establezcan sanciones "eficaces" a un nivel "adecuado" para detectar y reprimir los cárteles intrínsecamente nocivos. Estos términos no están especificados.
- No existe un mecanismo de solución de diferencias vinculante. Se prevé la celebración de consultas en cuestiones de cooperación, pero hasta la fecha no se han celebrado.
- La cooperación internacional es un objetivo central. Se deja a cargo de los miembros la elaboración de instrumentos y la concreción pormenorizada.
- El diseño institucional de la Recomendación se basa en el principio de la autonomía nacional de cada autoridad responsable de la observancia.

V. ¿DE LA OCDE A LA OMC?

10. ¿Podría la Recomendación de la OCDE proporcionar a los Miembros de la OMC un punto de partida a tener en cuenta para el enfoque de la OMC sobre los cárteles intrínsecamente nocivos? En lo fundamental, la Recomendación es el único instrumento multilateral sumamente sistematizado sobre este tipo de práctica. Como tal, merece un examen pormenorizado. Nos centramos a continuación en algunos conceptos o temas esenciales de la Recomendación que pueden proporcionar algunas enseñanzas para un enfoque en la OMC. No hacemos un análisis de cada uno de los artículos.

VI. MODELOS INSTITUCIONALES

11. La Recomendación fue adoptada por la OCDE y, por lo tanto, estuvo inevitablemente configurada por la lógica y los fines de esa institución. El Comité de Legislación y Política de la Competencia de la OCDE es el principal foro para el intercambio periódico de opiniones sobre cuestiones de política de competencia por parte de las autoridades responsables de la lucha contra los monopolios. El Comité aplica un enfoque moderado y convergente en las cuestiones antimonopolísticas. Este enfoque conlleva actividades estructuradas a nivel internacional mediante las cuales las legislaciones y la observancia nacionales se hacen más congruentes mediante el intercambio de experiencias. Este proceso requiere el contacto y la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la observancia. Si bien existen acuerdos o recomendaciones formales, éstos equivalen a puntos de referencia para las actuaciones en curso.

¿Existen elementos del modelo de la OCDE que podrían adaptarse convenientemente a la labor de la OMC sobre los cárteles?

VII. MARCO JURÍDICO

12. La Recomendación de la OCDE se basa en el requisito explícito e inicial de que todo miembro debe promulgar una ley sobre la competencia bien concebida y que tenga un alcance apropiado: "Los países miembros de la OCDE deben velar por que sus leyes de competencia repriman y prevengan los cárteles intrínsecamente nocivos."

13. Tomando como base la Recomendación, es necesario que las disposiciones jurídicas sobre los cárteles intrínsecamente nocivos se plasmen en una ley general sobre la competencia. Sería necesario

que dicha ley incluyera sanciones efectivas y procedimientos para hacer cumplir la ley, y que dotara a las autoridades nacionales responsables de la observancia de atribuciones suficientes. Además, las excepciones deben ser transparentes y deben revisarse periódicamente.

14. Si bien "los países miembros de la OCDE deben velar por que sus leyes de competencia repriman y prevengan los cárteles intrínsecamente nocivos", la Recomendación no toma una postura sobre si la legislación nacional debe basarse en normas propiamente dichas o en un criterio de razonabilidad. La Recomendación tampoco pretende imponer un marco jurídico civil o penal con respecto a la observancia, las sanciones o las multas. Estas cuestiones deben ser decididas por las autoridades nacionales.

¿Acepta el Grupo de Trabajo la Recomendación como punto de partida, es decir, la promulgación de un marco jurídico nacional y el establecimiento de una autoridad encargada de la observancia?

VIII. DEFINICIONES

15. En la Recomendación se mencionan cuatro tipos de conductas que se estima pueden constituir cárteles intrínsecamente nocivos, pero éstos no se definen, al menos no pormenorizadamente. En lugar de ello, se prefiere que sea la legislación nacional de cada miembro de la OCDE la que proporcione un significado preciso. Por lo tanto, en última instancia, se podría afirmar que la Recomendación posee 30 definiciones distintas contenidas en las legislaciones nacionales de sus 30 miembros. Además, puede haber exenciones sectoriales de acuerdo con la legislación de cada miembro, y las exenciones varían en cada país. No se realizó ningún esfuerzo por armonizar dichas exenciones, si bien se debe reconocer el valor de la transparencia y el examen periódico.

16. En el curso de las negociaciones sobre la Recomendación de la OCDE, se intentó desarrollar las definiciones más detalladamente. Se abandonó este enfoque porque podía llevar a la elaboración de "normas comunes". Las normas comunes requieren un enfoque armonizado, y las necesidades y las circunstancias de los diferentes países miembros no son idénticas. Además, un enfoque armonizado o de normas comunes podría haber servido de base para determinar si la legislación de un miembro se ajusta a la Recomendación. No era ésta la dirección o el resultado deseado por los miembros.

¿Supone la ausencia de una definición común y detallada en la Recomendación una metodología deseable para un enfoque en la OMC? ¿Debe cualquier iniciativa de la OMC contra los cárteles reconocer la necesidad de determinadas exenciones en las legislaciones nacionales sobre cárteles intrínsecamente nocivos?

IX. ÁMBITO DE APLICACIÓN

17. La diferencia del tratamiento dado a los cárteles intrínsecamente nocivos y a otros cárteles puede explicarse generalmente sobre la base de las distintas presunciones acerca de sus repercusiones sobre la competencia. Sobre la base de este razonamiento, en la Recomendación se afirma que en el concepto de los cárteles intrínsecamente nocivos quedan excluidos aquellos cárteles que los miembros reconocen que reducen los costos o aumentan la eficiencia de la producción. En algunas jurisdicciones, esta lógica se extiende a los cárteles de exportación (comercialización), los cuales a veces se estudian según las circunstancias de cada caso para determinar sus posibles repercusiones en la competencia.

¿Debe una iniciativa sobre la competencia en la OMC ocuparse de los cárteles intrínsecamente nocivos tal como lo hace la Recomendación de la OCDE? ¿Refleja la Recomendación de la OCDE el alcance del consenso multilateral actual relativo al ámbito de aplicación deseable en cualquier iniciativa de la OMC contra los cárteles?

X. OBSTÁCULOS A LAS IMPORTACIONES

18. Los debates en el Grupo de Trabajo han puesto de relieve que existen algunas prácticas anticompetitivas que pueden tener repercusiones en el comercio. Ha quedado claro que los cárteles intrínsecamente nocivos suscitan un interés particular por sus repercusiones en el comercio, ya que pueden distorsionar el precio de productos fundamentales, excluir a nuevos participantes y fraccionar los mercados sobre una base geográfica. Estos cárteles no sólo suscitan la inquietud antimonopolística tradicional que suponen las actividades comerciales anticompetitivas, sino también una importante preocupación respecto del comercio. Desde el punto de vista del comercio, la economía del país de origen de los exportadores excluidos puede resultar perjudicada por las limitaciones ocasionadas a sus negocios.

19. En el preámbulo de la Recomendación se señala que "la aplicación eficaz de una política de competencia es decisiva para fomentar el comercio mundial garantizando unos mercados nacionales dinámicos y estimulando la reducción de los obstáculos a la entrada de importaciones". En materia de resultados prácticos, la Recomendación respalda implícitamente el principio de que la forma más eficaz de corregir las trabas privadas que limitan la entrada de importaciones en el mercado es facultar a las autoridades encargadas de la competencia para que adopten medidas coercitivas. Al fin y al cabo, cuanta más competencia exista en un mercado nacional, mayor será el beneficio para los consumidores y para todos los proveedores, sean nacionales o extranjeros.

20. En la Recomendación se tiene en cuenta una multiplicidad de cuestiones de política, con inclusión de la dimensión comercial, pero no se aborda la cuestión de cómo armonizar estas distintas cuestiones. Incumbe a cada miembro formular un conjunto de normas coherente y de prácticas en materia de observancia.

XI. LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE OBSERVANCIA

21. El principal conjunto de cuestiones abordado en la Recomendación hace referencia a la cooperación en materia de observancia. En la Recomendación se reconoce que los miembros tienen un interés común en impedir la formación de cárteles intrínsecamente nocivos y se alienta a los miembros a cooperar en la aplicación de sus leyes contra dichos cárteles de conformidad con los principios de cortesía, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) conformidad con la legislación, reglamentos e intereses importantes de los países;
- b) salvaguardias para proteger la información comercialmente sensible y otra información confidencial;
- c) libertad de rechazar una solicitud de asistencia o de limitar o condicionar la cooperación;
- d) la posibilidad de celebrar consultas no vinculantes sobre cuestiones relativas a la cooperación.

22. En la Recomendación, la cooperación se basa en el interés común de los miembros de impedir los cárteles intrínsecamente nocivos. Se insta a los miembros a establecer acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación relativos a la observancia. Nada en la Recomendación hace suponer que las facultades discrecionales de cada país serán restringidas mediante futuras iniciativas. Por lo tanto, la OCDE reconoce que es más probable que los países obtengan buenos resultados si intercambian opiniones y colaboran sobre cuestiones específicas que mediante negociaciones pormenorizadas sobre normas multinacionales.

¿Cómo podría un acuerdo de la OMC sobre política de competencia tener en cuenta algunos de los preceptos básicos en los que se fundamenta el enfoque sobre cooperación de la OCDE?

XII. PAÍSES EN DESARROLLO

23. La Recomendación fue elaborada por países que tienen distintas filosofías económicas e instituciones encargadas de la competencia. No obstante, la OCDE adoptó un conjunto unificado de disposiciones aplicables a todos los miembros de la OCDE, que tienen diferentes sistemas jurídicos y distintas experiencias en materia de competencia. Esto ha sido posible mediante la utilización de una metodología de "enfoque común". El enfoque común es menos pormenorizado y más flexible que las normas. Se basa en una lista de criterios u objetivos que se deben tener en cuenta. No indica cómo deben aplicarse esos criterios o qué importancia se debe atribuir concretamente a cada elemento del criterio.

24. El "enfoque común" se complementa además mediante un intercambio permanente de experiencias y un proceso de examen entre homólogos. Estos procesos complementarios están pensados para conseguir una coherencia y una convergencia aún mayores con respecto al "enfoque común". Proporciona a los miembros una oportunidad de debatir cuestiones prácticas relacionadas con el proceso de precisar, integrar y adaptar de la mejor manera el enfoque común a sus respectivos sistemas nacionales. La metodología del enfoque común puede brindar actualmente enseñanzas a la comunidad de la OMC, que está tratando de resolver la cuestión de elaborar un marco sobre la competencia para un conjunto de Miembros muy diverso.

¿Proporcionaría el enfoque común de la OCDE una metodología adecuada para la negociación de un conjunto único de disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos en la OMC, aplicable a todos los Miembros independientemente de su situación?

¿Podría este enfoque proporcionar una base para abordar las necesidades de los países en desarrollo, es decir, elementos sustantivos comunes (por ejemplo, el requisito de un marco jurídico, el ámbito de aplicación, las definiciones, etc.), pero disposiciones de aplicación variables (por ejemplo, una aplicación gradual más prolongada)?
