

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

RESTRICTED

WT/WGTCP/W/62

5 de marzo de 1998

(98-0882)

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

Original: inglés/
francés/
español

COMUNICACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS

Se ha recibido de la Delegación Permanente de la Comisión Europea la siguiente comunicación, de fecha 23 febrero de 1998, con el ruego de que se distribuya a los Miembros.

Impacto de las Prácticas Anticompetitivas en el Comercio

Introducción

Los sucesivos ciclos de negociaciones a lo largo de cinco décadas en el marco del GATT han dado como resultado una considerable reducción de las barreras erigidas por los gobiernos para proteger sus mercados nacionales.

Si bien sigue siendo necesario realizar mayores esfuerzos para reducir los obstáculos gubernamentales al comercio, las prácticas comerciales pueden tener el mismo efecto y merecen que se les preste atención. Resulta oportuno examinar la forma de garantizar que las prácticas anticompetitivas de las empresas no contrarresten los beneficios derivados de la liberalización del comercio.

Un objetivo clave de las normas de la OMC es proteger las expectativas de las partes contratantes respecto de la relación competitiva entre sus productos y servicios y los de otras partes contratantes. Estrictas medidas de disciplina garantizan que las medidas gubernamentales que tienen un impacto en el comercio, no trastornen la igualdad de oportunidades competitivas, y que las medidas que se adoptan en las fronteras únicamente se apliquen de acuerdo con las normas multilaterales. No obstante, está claro que las prácticas anticompetitivas por parte de las empresas pueden, en determinadas circunstancias, tener un efecto de exclusión o suponer barreras para la entrada en un mercado, falseando así la igualdad de oportunidades competitivas de la misma manera que las medidas gubernamentales. Estas prácticas anticompetitivas minan la seguridad y predecibilidad de las condiciones comerciales, que es esencial para las empresas que buscan acceso al mercado a través del comercio y la inversión extranjera. También tienen un impacto negativo en el bienestar de los consumidores, por lo que revisten una gran importancia para la aplicación del Derecho de Competencia. Existen, por lo tanto, motivos más que suficientes para que la OMC explore la posibilidad de identificar de qué forma las disciplinas previstas por la OMC relativas a las medidas gubernamentales pueden complementarse eficazmente con disciplinas dirigidas a las prácticas anticompetitivas que tengan un considerable impacto en el comercio y en la inversión.

Estos objetivos podrían alcanzarse si cada uno de los miembros de la OMC adopta un régimen de competencia nacional, basado en principios comunes relativos al derecho sustantivo y a su ejecución, y a través de instrumentos de cooperación internacional, destinado a atacar las prácticas anticompetitivas con una importante dimensión internacional. Estas prácticas incluyen acuerdos horizontales y verticales, abuso de posición dominante y fusiones.

Esta cuarta presentación desarrolla ideas incluidas en la presentación de la reunión del Grupo de noviembre, y analizará cada uno de estos tipos de prácticas con el fin de evaluar su impacto en el comercio (II). Tal y como hemos hecho en nuestras anteriores presentaciones, se prestará una especial atención a los problemas de los países en vías de desarrollo. No obstante, en primer lugar esta nota analizará unos cuantos conceptos clave del Derecho de competencia y su relación con el comercio (I). Por último, se establecerá una lista de los ámbitos que requieren una mayor discusión en la OMC (III).

I. PRINCIPALES CONCEPTOS DEL DERECHO DE COMPETENCIA DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS Y SU RELACIÓN CON EL COMERCIO

I.1 Obstáculos a la entrada y acceso al mercado

El objetivo de la política de competencia no es la protección de empresas individuales, sino del proceso competitivo.¹ Ello explica porqué, en la CE por ejemplo, el Derecho de competencia se aplica únicamente a las prácticas que tienen un considerable impacto en el mercado.

La promoción del proceso competitivo es igualmente de relevancia para el trabajo de las autoridades comerciales. Aun cuando las autoridades de competencia y comerciales utilicen conceptos diferentes en su evaluación del proceso competitivo - obstáculos a la entrada y acceso al mercado - hay una fuerte interrelación entre los dos conceptos.

Los obstáculos a la entrada pueden ser de carácter privado o reglamentario y de naturaleza legal o económica. Los obstáculos a la entrada tienen un impacto tanto en la competencia como en el acceso al mercado.²

Aun cuando el Derecho de la Competencia, del que se trata en esta presentación, se aplique primariamente a las prácticas anticompetitivas de las empresas, los obstáculos gubernamentales a la entrada también deben ser tenidos en cuenta en la evaluación del mercado.

Un acceso eficaz a los mercados requiere el que se combine la eliminación o reducción de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al comercio, la garantía de que las medidas gubernamentales internas no distorsionen la igualdad de oportunidades competitivas y que no exista una exclusión del mercado debido a prácticas anticompetitivas. El acceso efectivo al mercado es un elemento importante para asegurar la competencia en un mercado. La Comunidad Europea está comprometida con dicho objetivo tanto en lo que se refiere a la apertura de su propio mercado y a la aplicación

¹El derecho de la Competencia puede también tener otros objetivos conexos con la competencia, como por ejemplo la Integración de los mercados en el caso de la comunidad Europea.

²Tradicionalmente se reconocen tres clases de obstáculos a la entrada :

- obstáculos naturales, que resultan de la estructura del mercado o de las ventajas tecnológicas.
- obstáculos estratégicos, que consisten en prácticas anticompetitivas cuyo objetivo es la eliminación de competidores actuales o potenciales.
- obstáculos legales o reglamentarios.

activa del Derecho de la Competencia, como a través de una estrategia global de acceso a los mercados, que se desarrolla en cooperación estrecha con las empresas europeas.

Los obstáculos a la entrada y los obstáculos comerciales pueden utilizarse para evaluar los mercados del producto y los mercados geográficos relevantes, por lo que son útiles para detectar las prácticas anticompetitivas. Los obstáculos comerciales pueden constituir obstáculos a la entrada y, en dicho caso, deben ser tenidos en cuenta en el análisis de la competencia.

Por ejemplo, mientras que el mercado geográfico de un producto es global por lo que se refiere a los consumidores de un país determinado, puede imaginarse que en otro país el mercado de dicho producto, debido a los obstáculos al comercio, se vea limitado al territorio nacional. Es por tanto evidente que será más fácil establecer el poder del mercado en el mercado nacional de este último país.

Del mismo modo, si una norma nacional debe ser respetada por el producto distribuido en un país, esta norma puede afectar a la evaluación del mercado en cuestión, especialmente al mercado del producto.

Los abusos del poder de mercado por los que las empresas imponen precios excesivamente altos se hallan normalmente asociados a obstáculos a la entrada que aíslan los mercados. Si no fuese así, dichas prácticas normalmente atraerían la entrada.

Al mismo tiempo, ciertas prácticas anticompetitivas pueden crear obstáculos a la entrada. Así es el caso de ciertas prácticas horizontales (boycotts, carteles a la importación, etc ...), pero también de ciertas restricciones verticales (por ejemplo, acceso discriminatorio a asociaciones de empresas, cuando ser miembro de la asociación es necesario para acceder al mercado; acuerdos exclusivos) o determinados abusos de posición dominante (precios predatorios, denegación del acceso a instalaciones esenciales, etc.).

I.2 Posición dominante

El concepto de posición dominante hace referencia a una posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite impedir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado correspondiente, proporcionándole el poder para comportarse, en gran medida, de forma independiente de sus competidores, sus suministradores, sus clientes y a la postre, de los consumidores.

La posición de una o más empresas debe ser apreciada en el mercado relevante, que incluye una dimensión de producto y geográfica. El mercado relevante a nivel de producto incluye todos aquellos productos y los servicios que son considerados intercambiables o sustitutos por el consumidor, en virtud de las características del producto, sus precios y su utilización. El mercado geográfico relevante incluye aquel área en que las empresas en cuestión están implicadas en la oferta y demanda de productos o servicios, y donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas como para ser distinguidas de áreas vecinas donde las condiciones de competencia son apreciablemente diferentes.

Con el fin de establecer la existencia de una posición dominante, las autoridades responsables de la competencia pueden referirse a las cuotas de mercado. No obstante, este es sólo un criterio, y dichas autoridades suelen realizar un análisis basado en múltiples criterios. Por ejemplo, también pueden tener en cuenta elementos de la estructura y el funcionamiento del mercado (presencia de obstáculos a la entrada; expansión o declive del mercado; número y tamaño de los competidores en comparación con la empresa sujeta a investigación; aumento o disminución del volumen de negocio;

elasticidad de precios de la demanda; competencia potencial), también pueden considerar factores de calidad en relación a la empresa (ventaja comparativa en la gestión, innovación, acción comercial, etc.) o la capacidad de las víctimas para reaccionar frente a los abusos. Estos criterios muestran que la definición del mercado es crucial para evaluar la existencia de una posición dominante.

La mera existencia de una posición dominante no se ve condenada por el Derecho de competencia europeo o de los Estados miembros. No obstante, las autoridades responsables de la competencia pueden realizar un doble control: a priori, asegurarse de que las fusiones no crean ni refuerzan una posición dominante como resultado de la cual la competencia efectiva se vería considerablemente obstaculizada, y a posteriori, asegurarse de que las empresas no abusen de su posición dominante (estos abusos podrían consistir en precios predatorios, negativas a vender, prácticas discriminatorias o restricciones).

I.3 Amplitud de la cobertura

Todas las entidades que realicen actividades económicas deberían estar sujetas a las normas de competencia. No obstante, un estudio de la OCDE ha puesto de manifiesto que muchos países tienen considerables lagunas en sus leyes sobre competencia. Las prácticas anticompetitivas realizadas en estos ámbitos son por lo tanto admitidas por las autoridades, lo que puede dar lugar a obstáculos para el acceso al mercado.

Las normas sobre competencia también deberían aplicarse de la misma forma a empresas públicas y privadas, incluidas aquellas encargadas de la realización de servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio que produce ingresos, siempre que la aplicación de dichas normas no obstruya la realización, de hecho o de derecho, de las tareas concretas que se les han asignado.

La autorización³ y fomento de la conducta por una autoridad pública, incluso una autoridad extranjera, no debería por sí misma excluir la aplicación del Derecho de competencia. Más aún, el hecho de que las normas nacionales puedan autorizar conductas anticompetitivas, no exime a las empresas de cumplir con las normas de competencia.

Algunos países en vías de desarrollo, como por ejemplo Egipto (comunicación de 19 de junio de 1997) y Madagascar (Junta de Comercio y Desarrollo de la CNUCD, 44 sesión, 23 de octubre de 1997), han planteado el problema de la aplicabilidad del Derecho de competencia a las pequeñas y medianas empresas. Se trata de una preocupación justificada, dado que determinados acuerdos o fusiones tienen un impacto insignificante en el comercio y la competencia, y deberían excluirse del ámbito de aplicación del Derecho de competencia. Desde el punto de vista de la competencia, lo que importa no es tanto el tamaño absoluto de una empresa, sino su tamaño en relación con el mercado relevante. Por esta razón, la Comisión opina que los acuerdos horizontales que no representen más del 5% del mercado total (10% para los acuerdos verticales) no están sujetas a la prohibición de las prácticas anticompetitivas. Además, el Reglamento de la Comunidad Europea sobre fusiones no se aplica cuando la cifra de negocios de las compañías involucradas es inferior a determinados umbrales, si bien pueden aplicarse las leyes nacionales de los Estados miembros.

³Asuntos acumulados 89, 104, 114, 116 117 y 125 a 129/85 "Woodpulp" (1988) Recopilación 5193.

II. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE GRAN DIMENSIÓN INTERNACIONAL

II.1 Acuerdos horizontales

Tal como se mencionó en la última contribución de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, los acuerdos horizontales, esto es, los acuerdos entre competidores actuales o potenciales, pueden tener un impacto significativo sobre la competencia y limitar el acceso al mercado. Cuando hay poder de mercado, dichos acuerdos deben ser prohibidos, a no ser que tengan características atenuantes. Ciertos tipos de acuerdos horizontales merecen que se realicen grandes esfuerzos en la aplicación de las normas. Este es el caso por ejemplo de los cárteles horizontales que llevan a cabo fijaciones de precios, licitaciones fraudulentas y reparto del mercado. Este es el ámbito donde mayor consenso existe entre los que participan activamente en aplicación de las normas sobre competencia.

Con arreglo al Derecho comunitario y la legislación de la mayoría de los Estados Miembros, dichos cárteles horizontales son nulos de pleno derecho siempre que distorsionen apreciablemente la competencia y, en el caso del Derecho comunitario, afecten al comercio entre los Estados Miembros.⁴ Además, las empresas que formen parte de dichos acuerdos suelen recibir grandes multas. Ejemplo, se han impuesto las siguientes multas a empresas que tomaron parte en un cártel horizontal:

- en la *industria del cartón* - multas por un importe de 132 millones de ecus⁵ (143 452 295 USD);
- en la *industria del cemento* - multas por un importe de 248 millones de ecus⁶ (269 516 433 USD) impuestas a 23 productoras de cemento y 9 asociaciones de productores; ésta es la multa más elevada jamás impuesta por la Comisión Europea a un cártel;
- en la *industria del acero* - multas por un importe de 104 millones de ecus (113 023 020 USD).

⁴La Comisión tiene un poder discrecional para imponer multas dentro de un límite de 10% sobre el volumen de negocios (esta regla es válida tanto para los acuerdos horizontales como verticales y para los abusos de posición dominante). Esta discreción se basa, sin embargo, en una política coherente y no discriminatoria. La cantidad de la multa se determina en base a la gravedad y duración de la infracción. La cantidad se aumenta cuando hay circunstancias agravantes (infracciones repetidas, negativa a cooperar con la Comisión, etc.) o se reduce, cuando hay circunstancias atenuantes (papel exclusivamente pasivo en la infracción, no ejecución en la práctica de un acuerdo o práctica anticompetitiva).

⁵Decisión 94/601/CE de la Comisión, 13.7.1994, DO L 243, 19.9.94 TPI, T-295/94.

⁶Decisión 94/6815/CE de la Comisión, 30.11.1994, DO L 343 30.12.94 TPI, T-25/95.

Ejemplos: Los casos del cartón, cemento, acero y FNK-SCK son ejemplos de practicas resultantes de un acuerdo horizontal que afectan al comercio:

Asunto del cemento

Los productores de cemento europeos y sus sindicatos coordinaron la conducta de su mercado a partir de 1983 mediante una serie de acuerdos multilaterales y bilaterales sobre regulación del mercado, protección del mercado y reparto del mercado.

Por ejemplo, los miembros de la Asociación Europea del Cemento decidieron no transbordar en los mercados de los demás miembros y regular las ventas de un Estado miembro a otro. Además, se formó una coalición para enfrentarse a la amenaza de las exportaciones griegas de cemento con destino a diversos Estados miembros.

Asunto Cartoncillo

Casi todos los productores europeos de cartoncillo participaron en la implantación de un cártel clandestino de fijación de precios y regulación de mercados. El objetivo que se fijaron era alcanzar un equilibrio entre la oferta y la demanda. Los productores principales contribuyeron a ello acordando sus cuotas respectivas de mercado y constituyendo un mecanismo de concertación sobre interrupciones en las fabricas para evitar un exceso de producción. Todos los participantes contribuyeron al desarrollo de un completo sistema de información y seguimiento de la producción, volúmenes de ventas y utilización de la capacidades. Una vez se hubo alcanzado un cierto equilibrio entre la oferta y la demanda, los participantes comenzaron a aumentar sus precios en 1987 y siguieron haciéndolo de forma semestral hasta 1990. Para evitar que los clientes buscaran fuentes alternativas de suministro o aprovecharan las diferencias de precios entre Estados miembros, los productores de cartoncillo se propusieron fijar un nivel de precios uniforme en toda la Comunidad.

Asunto Vigas de acero

El cártel descubierto en el sector europeo del acero muestra unos rasgos similares a los del cemento y del cartoncillo. Una serie de productores de vigas de acero, responsables de aproximadamente dos tercios de los suministros realizados en la Comunidad, intentaron perpetuar el sistema de comercio imperante tradicionalmente en la Comunidad e implantar un mecanismo de incrementos de precios en varios Estados miembros. Instituyeron un sistema de control que hiciera transparentes los pedidos y suministros de cada productor y cada Estado miembro. Este sistema constituía la base de los acuerdos de reparto de mercado entre productores. También se instituyó un sistema para equilibrar la oferta y la demanda al precio acordado. Por otro lado, los productores de vigas de acero negociaban regularmente los incrementos de los precios de base y de los extras de calidad de los productos en toda la Comunidad. De forma paralela a los acuerdos de fijación de precios, se intentó uniformizar estos últimos entre los diferentes Estados miembros de forma que se evitara cualquier aumento de los flujos comerciales. Todas estas tácticas restrictivas tuvieron lugar en los últimos años de la década de los ochenta, una vez terminado el régimen anticrisis de la Comunidad, cuando los productores de vigas de acero comenzaban a disfrutar de unas condiciones de mercado más favorables.

Asunto FNK/SCK

FNK es una asociación de empresas holandesas que alquila grúas móviles. SCK se creó por iniciativa de FNK con el fin de garantizar, mediante un sistema de certificación, la calidad de las grúas utilizadas en el negocio de alquiler de grúas. La mayoría de las empresas que participan en SCK son miembros de FNK. Suponen una gran parte del mercado holandés. La Comisión ha atacado la prohibición, para los poseedores de certificados SCK, de alquilar grúas de empresas no afiliadas a SCK, dado que este sistema no cumple las condiciones de apertura: los competidores extranjeros por ejemplo, no tenían libertad para entrar en el mercado.⁷

Ciertas categorías de carteles requieren especial atención. Este es el caso por ejemplo de la fijación internacional de precios o los acuerdos de reparto del mercado. Dichos carteles son especialmente difíciles de combatir ya que implican a empresas localizadas en varios países, mientras que los poderes de investigación están normalmente limitados geográficamente. Esto podría explicar, por ejemplo, la razón por la cual el cartel sobre los materiales pesados eléctricos, que se basaba esencialmente en la coordinación de limitaciones, prosperó a nivel mundial durante décadas, entre los años 30 y 80. Un marco internacional de reglas de competencias ayudaría a hacer frente a dicho tipo de cartel de una manera mas eficaz.

Los cárteles de exportación también necesitan la misma atención. Estos cárteles tienen un claro impacto en el comercio internacional, pero en el país de exportación pueden estar sujetos a excepciones de la aplicación del Derecho de competencia, o caer fuera del alcance del Derecho de competencia con arreglo a las normas generales de jurisdicción. Al mismo tiempo, si bien dichos cárteles están cubiertos por la legislación de la mayoría de los países importadores, son difíciles de abordar debido a las dificultades para recoger pruebas (suelen estar situados en el extranjero). El asunto *GE/De Beers* es una buena ilustración de las dichas dificultades. Un Tribunal de Estados Unidos emitió un fallo absolutorio tras observar que muchas de las pruebas ausentes se encontraban probablemente en el extranjero. Sin embargo, conviene señalar que las pruebas ausentes pudieran haber tenido un carácter confidencial, lo que hubiera impedido la comunicación.

La cooperación horizontal entre empresas, en algunos casos, es económicamente deseable y no presenta dificultades para la competencia o la política comercial. A este respecto, la Comisión Europea ha adoptado dos reglamentos de excepciones para determinadas categorías de acuerdos sobre investigación y desarrollo y sobre la especialización. Esto significa que, de acuerdo con las normas sobre competencia⁸, y siempre que se cumplan las condiciones de los reglamentos sobre excepciones, se presume que contribuyen a mejorar la producción o la distribución de bienes o a fomentar el progreso técnico o económico. Por lo tanto, dichos acuerdos se consideran legales. Esta regla permite aumentar la seguridad jurídica y reduce los costes tanto para las autoridades de competencia como para las empresas.

II.2 Abuso de posición dominante

Determinadas prácticas, que son legales en un mercado competitivo, pueden estar prohibidas con arreglo al Derecho de competencia de la CE y la legislación de la mayoría de los Estados Miembros, si las realiza una empresa o grupo de empresas con una posición dominante. Como se

⁷La Decisión de la Comisión fue aprobada por el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea: TPI 22 de octubre de 1997, "Dutch cranes" (T-213/95 y T-18/96).

⁸*Estos acuerdos deben otorgar a los consumidores una cuota justa del beneficio resultante, y no deben imponer a las empresas en cuestión restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos, ni proporcionar a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión.*

mencionó en la contribución de Noviembre, los abusos de posición dominante pueden tener un impacto significativo en el comercio y en la competencia. Estas prácticas suelen estar muy penalizadas. Por ejemplo, se han impuesto las siguientes multas:

- *Tetra Pak* (industria del embalaje) - 75 000 000 de ecus (81 506 986 USD) por diversas prácticas, incluidos precios de dumping y acuerdos restrictivos⁹;
- *Akzo* (industria química) - 10 000 000 de ecus (10 867 598 USD) por establecer precios de dumping¹⁰;
- *Hilti* (industria de sistemas de sujeción) - 6 000 000 de ecus (6 520 558 USD) por establecer acuerdos restrictivos¹¹.

Ejemplos: Los dos ejemplos siguientes muestran que dichas prácticas pueden obstaculizar la entrada a un mercado.

Abuso de posición dominante en el transporte internacional - CEWAL¹²

El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha impuesto recientemente una gran condena en un caso de “guerra de barcos”. Esta es una práctica mediante la cual un grupo de compañías navieras con una posición dominante establecen un precio muy bajo en una compañía naviera concreta (en este caso, entre el Norte de Europa y la República del Congo) con el fin de eliminar a un competidor.

Este ejemplo muestra de qué forma un abuso de posición dominante o el hecho de que varias empresas tengan una posición dominante colectiva en los mercados internacionales puede afectar a los intereses de los países en vías de desarrollo:

- Puede afectar a sus importaciones: una vez que el competidor ha sido eliminado, estas prácticas tienen como resultado un mayor coste de los transportes, que afectará al precio de los productos que compran sus consumidores. El resultado final es por lo tanto una transferencia de riqueza de los países en vías de desarrollo a los propietarios de empresas extranjeras.
- Puede afectar a sus exportaciones: unos precios de transporte más elevados hacen que los productos exportados por los países en vías de desarrollo sean más caros, con lo que se ve afectada su competitividad.

Aparte de este caso concreto, este tipo de práctica muestra el interés de un país en vías de desarrollo por adoptar y ejecutar un Derecho de competencia eficaz con el fin de tratar las prácticas anticompetitivas que realicen las empresas situadas en el extranjero, sin tener que depender de otras autoridades de competencia.

⁹ Decisión 92/163/CEE, 24.7.1991, DO L 258, 16.9.1991; PJCE 14.11.1996.

¹⁰ Decisión 85/609/CEE, 14.12.1985, DO L 374, 31.12.85; PJCE C-62/86.

¹¹ Decisión 88/138/CEE, 22.12.1987, DO L 65/19, 11.3.88; PJCE 2 de marzo de 1994

¹² TPI T-24/93, 8 de octubre de 1996.

Asunto Hoffmann-La Roche¹³

Roche, grupo multinacional con sede en Suiza y principal fabricante de vitaminas del mundo, estableció contratos de suministro exclusivos o preferenciales con diversos grandes compradores de vitaminas al por mayor que incorporaban éstas a sus propios medicamentos, productos alimentarios y piensos.

Los contratos, bien para compensar la exclusividad o para fomentar un vínculo preferente, preveían unos descuentos por fidelidad, basados no en la diferencia de costes por razón de las cantidades suministradas por Roche, sino en la proporción de las necesidades del cliente cubiertas. Además, los descuentos no se calculaban separadamente para cada grupo de vitaminas, sino sumando todas las compras a Roche, con lo que Roche se beneficiaba del acuerdo de fidelidad incluso en el caso de las vitaminas respecto de las que no goza de posición dominante en el mercado.

La Comisión consideró que Roche abusaba de su posición dominante celebrando estos contratos, ya que su efecto fue asegurarse a los mayores compradores de vitaminas al por mayor e impedir a sus principales competidores suministrar estos productos.

II.3 Restricciones verticales

La mayoría de los productores utilizan distribuidores especializados para llegar a sus consumidores finales. Estas relaciones de distribución y verticales son necesarias para una distribución eficaz, dado que los productores no siempre tienen los conocimientos o habilidades necesarias para la distribución, y los distribuidores especializados a menudo pueden realizar economías de escala y alcance distribuyendo muchos productos simultáneamente. También son necesarios para penetrar en nuevos mercados, puesto que una relación con un distribuidor local que tenga un conocimiento especializado de los mercados donde se va a lanzar el producto puede aumentar las posibilidades de éxito y reducir riesgos.

Dado que las restricciones verticales tales como acuerdos exclusivos, tienden a aumentar los beneficios obtenidos por estas relaciones, también estimularán la entrada de otros posibles distribuidores y productores y ello fomentará la eficacia a largo plazo. Por esta razón, con arreglo al Derecho comunitario, determinadas categorías de acuerdos se benefician de un reglamento que otorga una exención por categoría.

Por otro lado, además de fomentar la eficacia y la integración en el mercado, estas restricciones verticales también pueden suponer trabas a la política de competencia. Por ejemplo, si algunas fabricantes que disponen colectivamente de suficiente poder de mercado, cierran una gran parte de los canales de distribución en un país mediante contratos exclusivos, esto puede resultar en un efecto de exclusión en el mercado, con impacto negativo sobre la competencia y el acceso al mercado. La presencia de obstáculos reglamentarios a la entrada también debe ser evaluada en particular en relación con la posibilidad de desarrollar canales alternativos de distribución.

La acción de las autoridades responsables de la competencia no se limita a un examen separado de los distintos acuerdos establecidos por distintas empresas. Por ejemplo, el Derecho de competencia en la Comunidad Europea y en muchos Estados miembros establece que incluso cuando las diferentes redes de distribución de un mercado cumplen la Ley anti-trust, pueden ser condenadas en los casos en los que el acceso al mercado se vea restringido por el efecto acumulativo de redes

¹³Com CE dec. 9.6.76, DO L 223, TJCE 13.2.79, nº 85/76, Rec.1979, p.461.

paralelas de acuerdos similares. Como ya se ha señalado, la distribución exclusiva también puede ser una cuestión a tratar por las autoridades responsables de la competencia, cuando la realiza una empresa dominante.

Asuntos Langnese y Schöller (1995)

Los asuntos muestran de qué forma las restricciones verticales pueden utilizarse como instrumento de exclusión. En 1992, la Comisión adoptó una decisión negativa contra Langnese and Schöller, que se encontraban en una posición duopolística en el mercado de helado Impulse alemán. La Comisión actuó contra los acuerdos “de exclusividad de ventas” según los cuales un minorista se compromete a vender únicamente los productos del fabricante con quien tiene un contrato. La Comisión decidió que el efecto acumulativo del acuerdo en cuestión suponía una considerable restricción de la competencia por parte de Langnese y Schöller¹⁴. Un elemento clave de estos asuntos fue el hecho de que cada uno de los dos productores proporcionaba expositores congeladores (igual que en el asunto Unilever anteriormente mencionado), lo que dificultaba el acceso al mercado. Cualquier nuevo competidor que entrase en el mercado debía bien convencer al minorista de que cambiase el expositor congelador instalado por otro, lo que suponía perder las ventas de los productos del anterior suministrador, o convencer al minorista que instalase otro expositor congelador, lo que podría resultar imposible debido a la falta de espacio en los pequeños comercios. Además, si el nuevo competidor ofreciese únicamente una limitada gama de productos, podría resultarle difícil convencer al minorista para que finalizase su acuerdo con el anterior suministrador.¹⁵

Asunto Volkswagen (28 de enero de 1998)

La Comisión Europea ha impuesto una multa de 102 000 000 ecus (111 000 000 USD) a la empresa Volkswagen, que ha obligado sistemáticamente a sus distribuidores italianos a no vender coches a clientes extranjeros. La empresa ha amenazado con cortar el suministro a los distribuidores. Dicha amenaza se ha llevado a cabo en doce ocasiones. La empresa también ha reducido los beneficios de los distribuidores que han aceptado vender fuera de su territorio asignado, ha limitado el número de coches distribuidos, etc. Esta multa, la más elevada jamás impuesta por la Comisión a una única empresa, se justifica por la duración de la infracción (10 años) y por el hecho de que la empresa ha mantenido sus prácticas incluso después de que la Comisión le ordenara suprimirlas. La multa no es definitiva, ya que aún puede recurrirse.

La Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre las restricciones verticales el 22 de enero de 1997 con el fin de preparar la revisión de su política de competencia. Este documento muestra que la Comisión tiene la intención de adoptar una posición más favorable respecto a los acuerdos verticales menos perjudiciales. No obstante, los tipos de acuerdos más perjudiciales no se verán afectados por la reforma. Este objetivo puede ser realizado mediante la introducción de mas análisis económico en la evaluación de las restricciones verticales y mediante la concentración de esfuerzos de ejecución en las prácticas mas perjudiciales.

¹⁴TPI 8 de junio de 1995, Asunto T-7/93 Langnese-Iglo GmbH c. Commission (1995) RCE II-1533 y Asunto T-9/93 Schöller Lebensmittel GmbH c. Commission (1995) RCE II-1611.

¹⁵TPI 8 de junio de 1995, Asunto T-7/93 Langnese-Iglo GmbH c. Commission (1995) RCE II-1533, pt. 108.

II.4 Fusiones

La creciente liberalización de la economía mundial ha dado lugar a grandes reorganizaciones de empresas, especialmente en forma de fusiones. Este acontecimiento debe acogerse positivamente, ya que sigue la línea de los requisitos para una competencia dinámica, y puede aumentar la competitividad de la industria, mejorando las condiciones de crecimiento y elevando el nivel de vida.

No obstante, los países que adoptan instrumentos de competencia quieren asegurarse de que este proceso de reorganización no tiene como resultado un gran perjuicio a la competencia. Por lo tanto, deben incluir disposiciones que prohíban fusiones destinadas a crear o reforzar una posición dominante, a resultas de la cual la competencia pueda verse considerablemente obstaculizada según su Derecho de competencia.

Las fusiones suelen tener repercusiones en más de un mercado y por lo tanto, las empresas que se fusionan han de notificar sus proyectos a diferentes autoridades de competencia. Suele admitirse, especialmente por parte de las empresas, que la armonización procesal evitaría una innecesaria duplicación de los esfuerzos de las empresas y agencias, y limitaría las posibilidades de llegar a decisiones contradictorias.

La Comisión ha prohibido en muchos casos (o ha aprobado con condiciones) fusiones de dimensión internacional. Conviene resaltar que dichos casos afectan a empresas no europeas o su impacto no se limita al mercado europeo y por tanto ilustran la importancia de la cooperación entre las autoridades de competencia.

Gencor/Lonrho (1996)

En 1996, la Comisión decidió prohibir la propuesta fusión en el sector del platino entre la empresa sudafricana *Gencor*, y *Lonrho Platinum Division (LPD)*, una filial sudafricana de la empresa británica *Lonrho LPC*. Tanto *Gencor* como *Lonrho* realizan considerables operaciones en la Unión Europea. La Comisión consideró que la fusión llevaría a la creación de un duopolio que dominaría el mercado mundial de platino y rodio, como resultado del cual la competencia se vería considerablemente obstaculizada en el mercado común, con arreglo al significado del apartado 3 del Artículo 2 del Reglamento sobre fusiones de 1989.

Merece la pena subrayar que, desde el principio del procedimiento, las autoridades sudafricanas estuvieron informadas por la Comisión del desarrollo del caso, y que asistieron a la audiencia organizada en Bruselas.

Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM (1996)

La Comisión decidió oponerse a la creación de una sociedad mixta en el sector del carburo de silicio entre el *Saint-Gobain Group*, *Elektroschmelzwerk Kempten* (ESK), parte de *the Wacker Chemie group*, y *NOM*, una compañía de inversiones propiedad del Estado neerlandés.

La operación propuesta habría agrupado a dos de los mayores productores de carburo de silicio del Espacio Económico Europeo. Les habría permitido lograr cuotas de mercado de más del 60% en el Espacio Económico Europeo de los mercados de carburo de silicio destinado a aplicaciones abrasivas y termoaislantes. Los otros tres competidores habrían quedado con cuotas de mercado menores del 10%. Estos tres competidores europeos (Navarro en España, MWK en Alemania y Orkla-Exolon en Noruega), tienen un tamaño relativamente modesto. Además, las partes de la sociedad mixta son los líderes tecnológicos y los únicos capaces de proporcionar toda la gama de grados de carburo de silicio para abrasivos y refractarios. Por su parte, Saint-Gobain también produce carburo de silicio en varias regiones del mundo (China y América del Norte y América del Sur).

La Comisión examinó la situación de los posibles competidores y en especial de las empresas situadas en los países de Europa Oriental (Rusia y Ucrania) y en China. No obstante, resultó que estas empresas no tenían capacidad suficiente para proporcionar toda la gama de los diversos grados de carburo de silicio que se requieren en Europa. Además, no pareció que estas compañías pudieran desarrollar su producción en los dos o tres próximos años de forma que pudieran garantizar una competencia suficiente en los mercados de carburo de silicio para fines abrasivos y refractarios.

Boeing/McDonnell Douglas

La Comisión Europea llegó a la conclusión que la adquisición por la empresa Boeing de McDonnell Douglas Corporation supuso un considerable reforzamiento de la ya existente posición dominante de Boeing en el mercado mundial de grandes aviones de reacción comerciales, cuyo resultado sería que la competencia se vería considerablemente obstaculizada en el mercado común.

Boeing, a lo largo de intensivas negociaciones con la Comisión, ofreció unos compromisos para resolver los problemas de competencia señalados por la Comisión. Entre estos compromisos figuran: el cese de los acuerdos de suministro exclusivos, existentes y futuros; el “cercado” de las actividades aéreas comerciales de MDC; la licencia de patentes a otros fabricantes de aviones de reacción; compromisos de no abusar en las relaciones con clientes y suministradores y un compromiso de comunicar anualmente a la Comisión los proyectos de investigación y desarrollo aeronáuticos civiles y militares que se benefician de ayuda pública.

Estos compromisos se han considerado adecuados para resolver los problemas de competencia, por lo que la Comisión ha decidido declarar la operación compatible con el mercado común.

III. CONCLUSIONES Y ASPECTOS QUE REQUIEREN MAYOR DISCUSIÓN EN LA OMC

En presentaciones anteriores al Grupo de trabajo, la CE y sus Estados miembros ya indicaron que el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva por parte de los miembros de la OMC de un Derecho de competencia puede realizar una gran contribución para el bienestar nacional y mundial y un mayor acceso al mercado. A este respecto, sugerimos que el Grupo podría eventualmente considerar la posibilidad de identificar en la OMC principios comunes relativos a la política y el Derecho de competencia y su aplicación. Estos principios comunes podrían hacer referencia a ámbitos de derecho sustantivos y a procedimientos de aplicación y deberían contemplar una flexibilidad apropiada para los países en vías de desarrollo, en particular los países menos avanzados. Esta presentación se ha centrado fundamentalmente en aspectos relativos al derecho sustantivo; la CE y sus Estados miembros presentarán ideas sobre procedimientos de aplicación en futuras presentaciones al Grupo de Trabajo. Por lo que se refiere al derecho sustantivo, un régimen de derecho de competencia efectivo y eficiente tendría que abarcar disciplinas destinadas a cubrir el comportamiento anticompetitivo derivado de restricciones horizontales o verticales, abusos de posición dominante, así como procedimientos de control para la revisión de las fusiones, dado que las prácticas anticompetitivas en cada uno de estos ámbitos preocupan en cuanto a su impacto en la eficacia económica y el bienestar de los consumidores. También existen grandes razones para examinar el alcance de la reducción o eliminación de las excepciones sectoriales a la aplicación del Derecho de competencia.

Al mismo tiempo, desde la perspectiva de la OMC, existe una preocupación especial respecto a las prácticas anticompetitivas de considerable dimensión internacional. Esto sería fundamentalmente en caso de una práctica anticompetitiva que suponga considerables obstáculos para la entrada en el mercado (esto es, efecto de exclusión) o que vaya dirigida fundamentalmente al comercio de exportación. Estas prácticas tienen un relación directa con los objetivos básicos de la OMC de garantizar la igualdad de oportunidades competitivas y evitar las distorsiones al comercio. Además, la cooperación internacional contribuiría a afrontar con eficacia estas prácticas anticompetitivas y evitar los conflictos jurisdiccionales y por tanto resultaría en significantes beneficios tanto desde el punto de vista comercial como de política de competencia. Una práctica con un efecto de exclusión afectaría negativamente al bienestar de los consumidores en el país donde se realizase dicha práctica, y al mismo tiempo, afectaría a los intereses legítimos del país a cuyos productores se les negase la igualdad de oportunidades competitivas. Se trata simultáneamente de un problema de Derecho de competencia y de acceso al mercado, donde el único remedio adecuado debe basarse en la aplicación de principios jurídicos sólidos de competencia y jurisdicción, sobre la base de una cooperación internacional. Los intentos para solucionar estos problemas basándose en la aplicación extrajurisdiccional del Derecho de competencia o sin referencia a un sólido marco jurídico de competencia resultarán probablemente ineficaces y serán una fuente de conflictos internacionales. En el caso de las prácticas dirigidas fundamentalmente al comercio de exportación (esto es, cárteles de exportación), existe una conexión clara y directa con el comercio internacional y un impacto negativo en el bienestar del consumidor de los terceros países. Si bien puede haber límites jurisdiccionales a la aplicación del Derecho de competencia del país donde se ha concebido la práctica, sería al menos razonable esperar que dichas prácticas no se vean facilitadas y que los países estén dispuestos a cooperar con las autoridades responsables de la competencia en el mercado donde se está experimentando el impacto de la práctica.

En la sección II de esta presentación, se han dado ciertos ejemplos de la aplicación del Derecho de la Competencia a prácticas anticompetitivas de dimensión internacional. Estos casos ilustran tres tipos de lagunas que pueden plantearse en relación con una aplicación mas eficaz del Derecho de la Competencia y un mejor acceso a los mercados: a) Ciertos ejemplos se refieren a distintas practicas anticompetitivas con un efecto de exclusión tales como ciertos carteles domésticos, abusos de posición dominante en el mercado domestico por empresas privadas o publicas o ciertas

formas de restricciones verticales que de forma significativa limitan el acceso a los canales de distribución. Aun cuando el Derecho de la Competencia domestico permita hacer frente de una forma eficaz a dichas practicas, las lagunas se pueden plantear por razón de la ausencia de un marco de Derecho de la Competencia, o de una política activa para su aplicación o cuando ciertos sectores o prácticas no estén sujetos al Derecho de la Competencia. b) Otros ejemplos se refieren a prácticas anticompetitivas, como carteles o fusiones internacionales o ciertos abusos de posición dominante, con impacto en varias jurisdicciones. Dichos casos plantean la necesidad de una cooperación reforzada para asegurar la aplicación eficaz del Derecho de la Competencia y evitar el riesgo de conflictos jurisdiccionales. c) Finalmente, en ciertos casos, especialmente en relación con los carteles a la exportación, el impacto anticompetitivo de una práctica o acuerdo tiene lugar principalmente en una jurisdicción distinta a aquella en que ha sido concebido. Una vez mas se requiere la cooperación entre las autoridades de la competencia para asegurar una aplicación eficaz del Derecho de la Competencia.

En su presentación anterior, la CE y sus Estados miembros han sugerido que el Grupo podría examinar las posibilidades de desarrollar enfoques comunes destinados a afrontar las prácticas anticompetitivas de gran dimensión internacional. Estos enfoques comunes podrían incluir opciones tales como normas comunes, principios, disposiciones para una mayor cooperación internacional o una combinación de todo ello. En esta presentación, se han dado ejemplos de diferentes tipos de prácticas anticompetitivas de dimensión internacional, y de cómo se están afrontando con arreglo al Derecho de competencia. Con el fin de contribuir a futuras discusiones del Grupo sobre este tema, la CE y sus Estados miembros desean ofrecer algunas sugerencias iniciales sobre posibles áreas que deben explorarse en conexión con distintos tipos de prácticas anticompetitivas de dimensión internacional:

Acuerdos horizontales: El Grupo podría explorar la posibilidad de desarrollar una norma o principio común en virtud de la cual los países traten los cárteles “duros” como una seria infracción al Derecho de competencia, y cooperar con otros países con el fin de garantizar una aplicación eficaz. El Grupo también podría considerar, en este contexto, el tratamiento de los cárteles de exportación en virtud del Derecho de competencia. Como ya se ha manifestado, existen grandes razones para revisar las excepciones a la aplicación del Derecho de competencia a los cárteles a la exportación, y fomentar la cooperación internacional en lo que respecta a la aplicación del mismo.

Acuerdos verticales: Existe un amplio consenso de que, a nivel internacional, las restricciones verticales únicamente son fuente de preocupación si tienen un efecto de exclusión, que supongan considerables obstáculos a la entrada. Por lo tanto, el Grupo podría explorar la posibilidad de determinar una lista ilustrativa de factores que deban considerar las autoridades responsables de la competencia, cuando evalúen si las restricciones verticales tienen un efecto de exclusión. Ello puede incluir factores tales como la presencia de poder de mercado en los mercados de abastecimiento o de salida, connivencia entre empresas productoras o comercializadoras, impacto cumulativo de las restricciones, duración de las restricciones, función de las barreras a la entrada y estructura global del mercado, incluida la apertura al comercio exterior y a la inversión. Tal lista ilustrativa de factores podría facilitar la cooperación internacional entre las autoridades responsables de la competencia y reducir los desacuerdos sobre el impacto de las restricciones verticales en el comercio, por cuanto las decisiones de las autoridades de competencia en los asuntos de dimensión internacional se basarían en un detallado análisis del mercado.

Abuso de posición dominante: Determinadas prácticas de las empresas dominantes tienen un efecto de exclusión u otro efecto limitativo de la competencia por parte de otras empresas, incluidas las empresas extranjeras. El Grupo podría considerar la posibilidad de desarrollar una lista ilustrativa de dichas prácticas, teniendo en cuenta las experiencias adquiridas por los países en la aplicación del Derecho de competencia. El Grupo también se beneficiaría de un ulterior debate sobre los criterios

que utilizan las autoridades de competencia para determinar si una empresa tiene una posición dominante en el mercado.

Fusiones: El principal aspecto que requiere la atención del Grupo es la posibilidad de reducir el riesgo de decisiones que entren en conflicto cuando las fusiones son objeto de examen por parte de distintas autoridades de competencia. En este contexto, el Grupo podría considerar eventualmente la posibilidad de una mayor convergencia de los requisitos procesales relativos a la notificación de fusiones, y cómo la cooperación entre las autoridades de competencia puede fomentar una mayor toma de conciencia de los problemas de competencia que crea una fusión en diferentes jurisdicciones. El Grupo también se beneficiaría de un debate ulterior sobre los criterios utilizados por las autoridades de competencia para la evaluación del impacto de las fusiones en la competencia.

ANEXO

Ejemplos de prácticas anticompetitivas tratadas por las autoridades de los Estados miembros

El Derecho de competencia aplicable en la Unión Europea existe en dos niveles: el nivel comunitario y el sistema nacional de cada Estado miembro. La presentación del impacto de las prácticas anticompetitivas en el comercio proporciona ejemplos de las prácticas a que deben hacer frente las autoridades de la Comunidad Europea. A continuación figuran algunos ejemplos de prácticas tratadas por las autoridades de los Estados miembros.

Acuerdos horizontales - Construcción del TGV norte (1992)

En 1995, el Consejo francés de competencia condenó a 31 empresas privadas del sector de la ingeniería civil a una multa de 378 millones de francos (63 millones de USD) por repartir el mercado de la construcción del TGV del norte de Francia. Uno de los objetivos del cártel era impedir que empresas extranjeras accediesen al mercado.

Se iniciaron investigaciones tras una denuncia de una empresa extranjera que opinaba que había sido mantenida al margen del procedimiento de contratación pública por el cártel. El cártel había incluso ofrecido pagar a la empresa extranjera 75 millones de francos a cambio de su compromiso de no tomar parte en el procedimiento.

Restricciones verticales/horizontales - Cardile Bros (1992)

En 1992, la autoridad italiana responsable de la competencia inició una investigación relativa a un acuerdo sobre servicios portuarios y de atraque.

El acuerdo incluía disposiciones sobre considerables descuentos a tres asociaciones de armadores sobre las cargas máximas correspondientes a los servicios prestados en cada puerto. Resultó ser anticompetitivo según la ley italiana. Su objeto era fijar los precios de los servicios prestados a los buques pertenecientes a los miembros de las asociaciones, lo que significaba virtualmente todos los buques registrados en Italia, mientras que se aplicaban condiciones diferentes para los mismos servicios, con desventajas anticompetitivas injustificadas, a los usuarios que no podían acceder a la rebaja, y que eran en su mayoría armadores extranjeros. Durante la investigación, las partes presentaron un proyecto de documento destinado a modificar el acuerdo anterior, con el fin de suprimir los aspectos potencialmente anticompetitivos señalados por la autoridad. Esto condujo al cierre del procedimiento.

Abuso de posición dominante - Lilly France (1996)

En 1998, la empresa francesa Lilly France, empresa filial del grupo farmacéutico norteamericano Lilly, intentó conservar su posición dominante vinculando las ventas de Dobutrex, utilizado para enfermedades del corazón, y para el que la empresa tenía un monopolio, con las de Vancomicina, antibiótico para el que la empresa tenía un monopolio hasta la expiración de la patente. Lilly concedió considerables rebajas a hospitales para la compra de Dobutrex, a condición de que también encargaran Vancomicina. El consejo de competencia consideró que esta práctica iba destinada a impedir a los hospitales acudir a proveedores más competitivos para sus compras de Vancomicina, e impedir a los competidores extranjeros entrar en el mercado de la Vancomicina, afectando así a los intereses de los consumidores. Se ha puesto a Lilly France una multa de 30 millones de francos (5 millones de USD).

Fusiones - Cemensud-Calcementi (1992)

La autoridad italiana responsable de la competencia inició una detallada investigación relativa a la adquisición por parte de la empresa Cemensud del 100% del capital social de Calcementi Jonici, que importa cemento de Grecia.

Tras la fusión, Cemensud, que ya ostentaba una importante posición en el mercado, habría tenido una cuota total de mercado del 81%.

La autoridad estaba especialmente preocupada por los efectos de la adquisición por parte de Cemensud (e indirectamente, su sociedad matriz Italcement) del muelle Siderno, que era el único canal para importar cemento al por mayor en Calabria. Cerca del 9% de las importaciones italianas de cemento, y el 20% de las importaciones al sur de Italia pasaban por dicho muelle.

Teniendo en cuenta la estructura del mercado, los obstáculos de entrada al mercado debidos a los elevados costes de transporte terrestre y las dificultades administrativas existentes en lo que respecta al desarrollo del transporte marítimo (incluida la creación de un nuevo muelle equipado) para este producto concreto, la autoridad estimó que la concentración habría reforzado la posición dominante de Cemensud. Esto habría reducido la competencia de forma considerable y permanente, debido a las consecuencias de la eliminación de una empresa independiente que anteriormente garantizaba un considerable flujo de importaciones a través del muelle Siderno.

Durante la investigación, Cemensud cambió el proyecto inicial con el fin de permitir a empresas terceras continuar importando cemento a través del muelle Siderno. La autoridad autorizó la operación.
