

## LOS CARTELES EN LA ESFERA DEL DERECHO DE COMPETENCIA EN LAS AMÉRICAS

(presentado por el doctor João Grandino Rodas)

### Tabla de Contenido

1. INTRODUCCIÓN. 1.1 Carteles. 1.2 Carteles internacionales. 2. LEGISLACIÓN APLICABLE. 2.1 Américas. 2.1.1 Argentina. 2.1.2 Canadá. 2.1.3 Brasil. 2.1.4 Chile. 2.1.5 Colombia. 2.1.6 Costa Rica. 2.1.7 Jamaica. 2.1.8 México. 2.1.9 Panamá. 2.1.10 Perú. 2.1.11 Estados Unidos de América. 2.1.12 Venezuela. 2.2 Europa. 2.2.1 Unión Europea. 2.2.2 Francia. 2.2.3 Alemania. 2.2.4 Italia. 3. REFERENCIAS CRUZADAS. 3.1 UNCTAD. 3.2 OCDE. 3.3 Comentarios de la doctrina y OMC. 3.4 Discusión hasta la fecha en el Grupo de Competencia de ALCA. 4. CONTRIBUCIÓN PARA LA DISCUSIÓN EN ALCA.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1 Carteles

Un cartel es una asociación a la que se llega mediante acuerdo entre un grupo de compañías, destinada a impedir la competencia. La actividad ilegal de un cartel incluye la fijación de precios, el fraude cometido en las licitaciones y la asignación de volumen, mercados o clientes. Es del conocimiento de todos que los carteles perjudican a los consumidores y ejercen efectos perniciosos sobre la eficiencia económica. Un cartel que opera con éxito aumenta los precios por sobre el nivel competitivo y reduce la producción. Los consumidores deciden no pagar el precio más alto de algún producto cartelizado que deseen, renunciando así al producto, o pagan el precio del cartel y de esta manera, sin saberlo, transfieren riqueza a los operadores del cartel. Además, el cartel protege a sus miembros de la exposición plena a las fuerzas del mercado, reduciendo las presiones sobre ellos para controlar los costos e innovar. Todos estos efectos influyen de manera adversa sobre la eficiencia en una economía de mercado.

Resulta difícil cuantificar los efectos que los carteles ejercen sobre el mercado. Requeriría una comparación de la situación actual del mercado bajo el cartel, con aquella que existiría hipotéticamente en un mercado competitivo. Las autoridades que tutelan la competencia generalmente no se avienen a efectuar tal cálculo, tanto porque resulta difícil de hacer como porque sus legislaciones generalmente no lo exigen. Cuando resulta necesaria una estimativa del daño, sin embargo, la mayoría de las autoridades emplea una solución representativa, que es la ganancia ilícita acumulada por los miembros del cartel a través de su actividad. En su forma más simple, esta estimativa es el producto del “remarcado” por los carteles por sobre el precio competitivo y el comercio afectado (en unidades) por el acuerdo del cartel. Incluso este cálculo puede resultar difícil, puesto que requiere una verificación tanto del volumen del “comercio afectado” cuanto de lo que hubiera sido el precio “competitivo” en ausencia del acuerdo.

La Recomendación de 1998 del Consejo de la Organización de Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) sobre Acción Efectiva contra los Carteles *Hard Core* (carteles intrínsecamente nocivos) -- (“Recomendación sobre Carteles”) observó en su preámbulo que los “carteles *hard core* constituyen la violación más atroz del derecho de competencia y .... perjudican a los consumidores en muchos países al elevar los precios y restringir la oferta, tornando así los bienes y servicios indisponibles para algunos compradores, e innecesariamente costosos para otros.” El preámbulo observa además que los carteles *hard core* “crean poder de mercado, desperdicios e ineficiencia en países cuyos mercados serían de otra manera competitivos.” La Recomendación solicita a los miembros de la OCDE que estipulen “sanciones efectivas, del tipo y nivel adecuados para lograr que las firmas y los individuos se abstengan de participar en tales carteles.”

El Informe sobre los Carteles de la OCDE de 2000 observó que un paso importante para el fortalecimiento de la aplicación de medidas anti-carteles es “superar el desconocimiento sobre los daños causados por los carteles *hard core*”. Mejorando el conocimiento público sobre la naturaleza de esta conducta y el daño que la misma causa reforzaría el apoyo popular en favor de una acción más efectiva contra las mismas. El Informe también solicitó que se llevaran a cabo más trabajos sobre las sanciones a ser aplicadas a los carteles, reconociendo que el propósito principal de las mismas debe ser de naturaleza disuasiva.

## 1.2 Carteles internacionales

Los carteles son universalmente reconocidos como la más dañosa de todas las conductas anticompetitivas, especialmente por la OCDE. Además, ellos no ofrecen ningún beneficio legítimo social o económico que pueda justificar las pérdidas que generan. Por ello, son condenados en todas las leyes sobre la competencia; en algunos países son tipificados como un delito. Los operadores de carteles sofisticados saben que su conducta es ilegal y por ello realizan su negocio en secreto, empeñándose sobremanera en mantener sus acuerdos al margen del conocimiento del público y de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las leyes.

Más recientemente, no obstante, las agencias de competencia han comenzado a revelar y procesar a los grandes carteles internacionales, cuyos participantes son compañías multinacionales con matrices en diversos países. Varias de las conspiraciones internacionales han concebido complejos sistemas de fijación de precios, que fueron aumentados y hechos más transparentes para sus miembros, por medio de acuerdos de adjudicación de mercado, sea en la forma de cuotas o acuerdos territoriales. En algunos casos involucrando tanto a carteles locales como internacionales, los operadores de carteles han diseñado mecanismos elaborados para hacer cumplir el acuerdo y castigar a quienes pretenden burlarlo.

## 2. LEGISLACIÓN APLICABLE<sup>1</sup>

### 2.1 Américas

---

<sup>1</sup> Report on developments and enforcement of competition policy and laws in the western hemisphere - Tripartite Committee Organization of American States Trade Unit y [www.gettingthedealthrough.com](http://www.gettingthedealthrough.com).

### 2.1.1 Argentina

En Argentina, se produjo un avance significativo de la política con la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156. Esta ley es destinada a modernizar a la Comisión Nacional para la Protección de la Libre Competencia (CNDC), definiendo específicamente las prácticas anticompetitivas ilegales como cualquier práctica que limita, distorsiona o restringe la competencia o constituye un abuso de una posición dominante de mercado. También proporcionó directrices más claras para la CNDC con relación a las fusiones y un nivel monetario en el cual tales modificaciones devinieron obligatorias. La Ley 25.156 también estableció la Corte Nacional para la Defensa de la Competencia, con facultades para resolver conflictos y aplicar sanciones en caso de violaciones a la ley. Este y otros aspectos del fortalecimiento institucional constituyeron aspectos claves de la nueva ley.

### 2.1.2 Canadá

Canadá cuenta con una norma principal que gobierna todos los aspectos de la ley de competencia, la Ley Federal de Competencia ('la Ley'). La Ley es administrada y se hace cumplir por el Comisionado de Competencia que sirve como jefe del Buró de Competencia, una unidad dentro del Ministerio de Industria. La División de Asuntos Criminales del Buró de Competencia, que consiste de aproximadamente 30 miembros, investiga todos los asuntos relacionados a los carteles y conspiraciones. A fin de tener jurisdicción sobre actividades que se producen fuera de Canadá, una corte canadiense deberá determinar que posee tanto jurisdicción sobre el asunto o sustantiva con relación a la ofensa alegada, y jurisdicción personal sobre el acusado.

La Sección 45 de la Ley constituye la parte medular de la legislación canadiense sobre los carteles. Esta disposición establece que: todo el que conspira, combina, concuerda o efectúa arreglos con otra persona, (i) para limitar de manera indebida las facilidades para el transporte, producción, fabricación, suministro, almacenamiento o negociación de cualquier producto; (ii) para impedir, limitar o disminuir, de manera indebida, la fabricación o producción de un producto o aumentar de manera irrazonable el precio del mismo; (iii) para evitar o disminuir, de manera indebida, la competencia en la producción, fabricación, adquisición, trueque, venta, almacenamiento, alquiler, transporte o suministro de un producto, o en el precio del seguro sobre las personas o propiedad, o; (iv) para restringir o perjudicar de otra manera indebida la competencia, es en consecuencia culpable de una ofensa pasible de pena de prisión durante un término no superior a cinco años o de una multa que no exceda de diez millones de dólares, o ambas.

En Canadá, las conspiraciones no son por sí ilegales. Más precisamente, la Ley prohíbe solamente aquellas conspiraciones que ejercen efectos serios e “indebidos” sobre la competencia, tal como se determina mediante un análisis “razonado parcial”. No existe norma de limitaciones para las violaciones de la Sección 45. Tal como sucede con la mayoría de los delitos penales, una pena de acuerdo con la Ley requiere que la Corona pruebe más allá de la duda razonable tanto el acto ilícito (*actus reas*) como la intención culpable (*mens rea*) de la ofensa. El acto ilícito (*actus reas*) se establece al demostrar que (i) el acusado formaba parte de una conspiración, combinación, acuerdo o arreglo y (ii) la conspiración, combinación, acuerdo o arreglo, si implementado, podría indebidamente impedir o disminuir la competencia. Al determinar si el acuerdo podría o en efecto causó una reducción “indebida” de la competencia, la corte considerará la estructura del mercado y la conducta de las partes.

La prueba de la *mens rea* en el delito constituye también una doble demostración. Primeramente, el querellante debe demostrar que el acusado tuvo la intención subjetiva de celebrar el acuerdo y que poseía conocimiento sobre sus términos. En segundo lugar, el querellante debe establecer, utilizando una prueba objetiva, que un hombre de negocios podría sentir o conocer que el efecto posible del acuerdo sería causar una disminución indebida de la competencia.

Mientras que las investigaciones tradicionales de la Sección 45 han enfocado la fijación de precios, la sección está redactada con amplitud y potencialmente alcanza muchas formas de cooperación entre competidores, incluyendo conductas tales como *joint ventures* y alianzas estratégicas. La Ley también prohíbe a las empresas canadienses de ejecutar directivas desde una corporación afiliada con el fin de otorgar efecto a las conspiraciones que provienen del exterior de Canadá (Sección 46), fraudes licitatorios (Sección 47) y mantenimiento de precios tanto horizontal como vertical (Sección 61).

El tema de la jurisdicción sustantiva sobre los actos que tienen lugar fuera de Canadá no ha sido específicamente investigado en un procedimiento criminal contencioso bajo la “Ley” y, como resultado, permanece alguna incertidumbre con relación a la asunción de la jurisdicción sustantiva por parte de los tribunales sobre dicha conducta en los procesos penales de la ley. Por un lado, el principio general que gobierna la aceptación de jurisdicción personal de un tribunal penal canadiense es que una persona que se encuentra fuera de Canadá y que no es atraída por ninguna norma especial de la jurisdicción del tribunal no estaría sujeta *prima facie* a ningún proceso en dicho tribunal. En otras palabras, si el estatuto bajo el cual los procedimientos se incoan no contiene una disposición especial para la citación fuera de la jurisdicción, entonces el tribunal no posee jurisdicción y no puede entender en la acción contra el acusado, a menos que la persona se encuentre en Canadá o los abogados [la sometan] a la jurisdicción de los tribunales. Para los individuos que no residen en Canadá, según la ley, no podría diligenciarse en el exterior una citación ordenando la presencia por ante el tribunal canadiense. En ausencia de tal citación, los tribunales carecen entonces de jurisdicción.

En los casos de los carteles internacionales, el Buró de Competencia cooperará frecuentemente con otras agencias de la competencia, sea a través de procesos formales o de manera informal. Los procedimientos formales comprenden la invocación de Tratados de Asistencia Legal Recíproca (MLAT) con los Estados Unidos y muchos otros países miembros, menos formalmente, bajo Acuerdos de Cooperación sobre Competencia, tales como los celebrados entre Canadá-Estados Unidos y Canadá-Unión Europea. A mayor abundamiento, pueden producirse contactos informales de amplio alcance entre agencias investigadoras canadienses y extranjeras sobre asuntos comunes durante una indagación. No obstante haber sido utilizado con moderación, Canadá puede cooperar con los países y realizar procedimientos formales en sus propias jurisdicciones a fin de obtener pruebas para una investigación foránea. Estos arreglos también permiten a las agencias canadienses y a otros cuerpos encargados de la observancia de las leyes antitrust que coordinen sus actividades, intercambien información confidencial y se encuentren con regularidad a fin de discutir asuntos relativos a casos específicos.

Durante los años 1998 y 1999, el Buró de la Competencia tuvo un año atareado como resultado de mejores métodos de detección y de concesión de inmunidad o tratamiento favorable a las partes que prestaban su cooperación. Se recaudaron más de 42 millones de dólares en concepto de multas. Además, varios casos fueron concluidos por falta de pruebas o por otras

razones, luego de que se llevaran a cabo las indagaciones formales. Los tipos de conducta anticompetitiva investigados por el Buró se definen en cuatro leyes distintas: la *Ley sobre la Competencia*, la *Ley del Consumidor sobre Empaque y Etiquetas*, la *Ley sobre Marcación de Metales Preciosos*, y la *Ley de Etiquetas de Textiles*. Estas investigaciones incluyeron sectores tan importantes como el de servicios, electricidad, telecomunicaciones, mercadeo e industrias pesadas, tal como la del acero. Estos casos fueron incoados tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

### 2.1.3 Brasil

La norma aplicable es la Ley n° 8.884 del 11 de junio de 1994, modificada o complementada en algunos aspectos por la Ley 10.149 del 20 de diciembre de 2000, conteniendo ambas disposiciones generales con relación a asuntos sobre antitrust o de competencia. La ley brasileña establece reglas de control de fusiones así cómo definir, impedir y castigar conductas anticompetitivas, incluyendo, aunque sin limitarse a ellos, a los carteles. Rige también la Resolución n° 20 del 9 de junio de 1999, expedida por el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE), que contiene algunas definiciones de conductas anticompetitivas.

Es interesante señalar que, hasta principios de los años 90, el control de precios por parte del Gobierno Federal convirtió a la observancia de las normas con referencia a los carteles en asunto totalmente carente de importancia. Con el control del Gobierno Federal sobre los precios, las autoridades sobre los mismos tuvieron obviamente más control del mercado que las autoridades antitrust o de la competencia. El control de precios tiende a crear conductas propias de los carteles y las mismas fueron, en efecto, estimuladas por el Gobierno.

En la actualidad, con el establecimiento de un mercado libre por la Constitución Federal brasileña, la observancia de las leyes con relación a los carteles se ha transformado en preocupación de peso para las autoridades de la competencia. El respeto a tales normas está a cargo, en Brasil, del CADE, junto con la *Secretaria de Direito Econômico* del Ministerio de Justicia y la *Secretaria de Acompanhamento Econômico* del Ministerio de Finanzas, todas las autoridades administrativas, aunque el CADE sea el único que goza de independencia del Gobierno Federal. La práctica del cartel constituye también un delito penal regido por la Ley 8.137, del 27 de diciembre de 1990, que considera básicamente a los mismos hechos, descritos como infracciones administrativas, como siendo delitos. Sin embargo, el enfoque es sustancialmente diferente. Las infracciones administrativas son castigadas por las autoridades de la competencia o antitrust, mientras que los delitos son investigados por la policía, que presenta sus conclusiones al Procurador del Estado que, cuando y si juzga que un delito ha sido cometido, accionará a las personas que actuaron en nombre de las compañías involucradas. Generalmente, y dada la naturaleza de su misión, los Procuradores Oficiales no adoptan un enfoque con orientación económica en tales investigaciones.

El régimen captura las acciones externas a la jurisdicción que posee efectos en Brasil, por ejemplo, los carteles globales o los carteles que organizados fuera de Brasil tienen efectos en el país. La primera condena contra un cartel *hard core* (intrínsecamente nocivo) por parte del CADE se produjo en 1999 (cartel de acero). Además, el acuerdo de cooperación con los Estados Unidos permitió la iniciación de procedimientos administrativos contra dos carteles internacionales.

En Brasil, todas las autoridades de la competencia han estado trabajando conjuntamente con las Agencias Reglamentarias Federales (Agencia Nacional de la Energía Eléctrica, Agencia Nacional de Telecomunicaciones, Agencia Nacional de Salud Suplementaria, etc.) a fin de actualizar o eliminar las normas excesivas, con el fin de estimular la competencia. Además, se han tomado medidas para identificar errores en las estructuras reglamentarias vigentes y se han formulado algunas propuestas de medidas reglamentarias con el objeto de incentivar la competencia: la participación en la Ley n° 9.787/99 a fin de promover la competencia en el sector farmacéutico, la participación en el proyecto de Ley n° 266/96 para incrementar la eficiencia y la productividad en el sector de sanidad, el análisis de las desregulaciones en la aviación civil, la participación en discusiones sobre nuevos modelos para ajustar las tarifas en los peajes de carreteras federales, y en el caso de los derivados del petróleo, tomar medidas destinadas para continuar el proceso de desregulación destinado a liberalizar los precios.

Los avances recientes en la legislación brasileña incluyen: las resoluciones del CADE y las Directivas y Normas de la SEAE. Juntas, tales normas brindan una guía para el análisis económico de las fusiones, criterios para sancionar a las empresas que demoran o se niegan a suministrar la información requerida durante las investigaciones sobre casos anticompetitivos y de fusiones. Finalmente, la reciente Ley n° 9.781/99 establece un procedimiento de pago de derechos para los procesos sobre la competencia ventilados por ante el CADE.

#### 2.1.4 Chile

La legislación antitrust en Chile está incluida en el Decreto-Ley 211/1973 sobre la defensa de la libre competencia (“la Ley de Defensa de la Competencia”). Esta ley contiene normas que prohíben los acuerdos anticompetitivos, el abuso de la posición dominante y otras prácticas restrictivas contra la libre competencia.

La observancia de las normas sobre la competencia en Chile está a cargo de tres agencias antitrust: la Fiscalía Nacional Económica, la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas.

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público permanente, independiente de cualquier otra autoridad, creada para investigar cualquier conducta, acto o acuerdo que tienda a perjudicar, restringir o eliminar la competencia económica en el mercado, y requiere que tanto la Comisión Preventiva o la Comisión Resolutiva, según sea el caso, adopte las medidas apropiadas para remediar la situación.

La Comisión Resolutiva está facultada para (i) investigar de oficio o a pedido de la Fiscalía Nacional Económica, cualquier hecho que pueda involucrar un acto o acuerdo contra la libre competencia; (ii) emitir una decisión y resolver, en cada caso, si fuere necesario, la adopción de medidas para modificar o dar por finalizados actos, contratos, acuerdos o sistemas que se opongan a la Ley de Libre Competencia; (iii) ordenar la modificación de los estatutos de cualquier entidad legal privada o su disolución, la declaración de inhabilidad de las autoridades designadas en las organizaciones profesionales; y (iv) solicitar la modificación o derogación de estipulaciones reglamentarias que restrinjan o eliminen la libre competencia, y la imposición de multas a las partes responsables.

Existen 12 Comisiones Preventivas Regionales localizadas en cada Región administrativa, y una Comisión Preventiva Central situada en Santiago, la capital chilena. La Comisión Preventiva Central entiende en casos que involucren a más de una región, además de

los casos que se presenten en el área metropolitana de Santiago. Las Comisiones Preventivas están facultadas para informar, responder consultas y determinar cómo los individuos, las empresas y las agencias gubernamentales deben conducirse en situaciones que dificultan o restringen la libre competencia. No puede iniciarse ninguna queja con relación a prácticas o acuerdos previamente sometidos y aprobados por la Comisión Preventiva, a menos que dicha queja se fundamente en nuevas probanzas.

La Ley sobre la Libre Competencia prohíbe la ejecución o la celebración de cualquier acuerdo que tienda a impedir la libre competencia en las actividades económicas dentro del territorio de Chile. Esta prohibición comprende tanto a los actos o acuerdos internos, así como aquellos relativos al comercio exterior, cuyos efectos se produzcan en Chile. No es necesario que los actos o acuerdos correspondientes efectivamente restrinjan o causen daño a la libre competencia. La Ley de Libre Competencia sería aplicable si ciertos actos o acuerdos son capaces o tienden a restringir, limitar o eliminar la libre competencia. En este aspecto, las autoridades antitrust de Chile no han limitado su jurisdicción a las entidades privadas, sino que también han investigado actos o acuerdos ejecutados o celebrados por entidades de propiedad estatal y actividades regladas por el Estado, tal como la fijación de las tarifas de los servicios públicos.

La Ley de Libre Competencia establece ciertos actos y acuerdos que podrán resultar ilícitos en caso de que restrinjan, inhiban o impidan la competencia o tiendan a hacerlo. Se incluyen los siguientes actos y acuerdos: control, reducción o paralización de la producción, mercados o fuentes de suministro, cesiones de zonas de mercado para el comercio o distribución, fijación de precios, sea de manera directa o indirecta; cualquier restricción sobre la libertad de trabajo o la libertad de que los trabajadores se organicen, se reúnan o celebren acuerdos negociados con cada compañía, y cualquier interferencia respecto del acceso legítimo a una actividad o empleo.

Las concesiones de monopolios concedidas por el Estado en favor de los individuos son contrarias a la Ley de Libre Competencia, aunque los monopolios pueden ser adjudicados mediante ley a negocios de propiedad estatal o instituciones públicas. Ningún monopolio de hecho es ilícito de por sí.

La Ley de Libre Competencia condena a cualquier persona que ejecute o celebre, sea individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o acuerdo que tienda a impedir la libre competencia dentro de Chile en las actividades económicas, tanto de naturaleza interna como aquellos relacionados con el comercio exterior.

Chile ha celebrado tratados de libre comercio con Canadá y México. En tales tratados, las partes signatarias concuerdan formalmente en inter-agenciar la cooperación y la coordinación entre sus autoridades antitrust a fin de fomentar la observancia efectiva a la ley de la competencia en el área de libre comercio. Tales países deben cooperar en asuntos de política de *enforcement* (observancia) de la ley de competencia, incluyendo la asistencia mutua, notificación, consulta e intercambio de información relacionada a la observancia de las leyes de competencia y de políticas en el área de libre comercio.

#### 2.1.5 Colombia

En Colombia, el nuevo Decreto 2.666 del año 2000, regula la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio en casos de fusiones y adquisiciones. También

gobierna el procedimiento para la toma de decisiones para la Agencia de la Competencia en casos de prácticas anticompetitivas.

#### 2.1.6 Costa Rica

En Costa Rica, aunque no se produjeron cambios en la correspondiente Ley de Competencia n° 7.472, existe un proyecto en la legislatura para reformar parte de su articulado.

#### 2.1.7 Jamaica

En Jamaica, la Comisión regula la competencia en muchos sectores vitales de la economía, y juega también un papel importante en el desarrollo de la política de competencia en las naciones del CARICOM como representante en el Área del Acuerdo de Libre Comercio, negociando sesiones sobre política de la competencia. Internamente, la Comisión regula sectores que incluían telecomunicaciones, servicios financieros y ventas de automotores. Aunque no se han producido cambios oficiales recientes a las políticas que gobiernan a la Comisión Federal del Comercio, se han propuesto varios cambios que es importante destacar. Se sometieron proyectos de reformas al Consejo Parlamentario Principal (CPC). Se esperaba que estas modificaciones fuesen presentadas al Parlamento durante el Año Financiero de 2000/2001. Las modificaciones tienen la finalidad de clarificar la jurisdicción legal de la Comisión, fortalecer su capacidad para hacer observar la ley y conducir a una mayor uniformidad en FCA. También, el Proyecto de Reglamentación de 2000 sobre Libre Competencia (Notificación y Procedimientos), que incluye la Notificación de Examen, Notificación para Producir Documentos y Procedimientos de Resolución de Disputas fue completado por el CPC y pronto entrará en vigencia.

#### 2.1.8 México

Se expidió en México un Código de Reglamentaciones a fin de fomentar la implementación de la Ley Federal sobre la Competencia, que efectivamente estableció mecanismos para hacer cumplir la Ley con relación a las prácticas monopolistas, concentraciones y barreras al comercio interestatal. Además de contribuir a simplificar muchos aspectos de los procedimientos de la Comisión, este Código ampliamente aplicado fue también de utilidad en la promoción de una mayor transparencia a través del Diario Oficial de la Federación, a fin de ampliar la participación de las agencias económicas en el procedimiento y en la eficiencia creciente para identificar acciones vedadas y las normas que se aplican a tales actos. Las investigaciones sobre la conducta monopolista y otras restricciones sobre la competencia, así como la atención a consultas provenientes de agentes económicos, constituyen una tendencia creciente. La Comisión decidía sobre un amplio número de cuestiones que varían desde prácticas absolutamente monopolistas, tal como acuerdos de precios, hasta prácticas relativamente monopolistas y comercio interestatal. Estas decisiones incluían, aunque no se agotaban en ellos, a sectores tales como el agroindustrial, tecnología de la información, actividades bancarias y servicios financieros, y la industria de las telecomunicaciones.

#### 2.1.9 Panamá

En Panamá, aunque no se dictaron nuevas leyes o reglamentaciones específicamente concernientes a la política de competencia, se aprobó una ley que erigió al 15 de marzo como el “Día de los Derechos del Consumidor”. La iniciativa de asuntos públicos enfoca la educación para garantizar que el consumidor panameño se encuentre adecuadamente informado de sus derechos y de que ellos están garantizados por ley. Esta iniciativa tiene como objetivo destacar la importancia de mantener una competencia abierta y el acceso igualitario a todos los mercados.

Los casos más importantes en lo que hace a las prácticas anticompetitivas (carteles u otros) se refirieron a industrias tales como la producción harinera, periódicos y líneas aéreas.

#### 2.1.10 Perú

En 1998, La Reglamentación para el Proceso de Notificación para fusiones en el Sector Eléctrico fortaleció en Perú los poderes de la Comisión sobre la Libre Competencia, una ley que delineó un proceso específico para la autorización de operaciones de fusión en el mencionado sector. La ley n° 26.976, la Ley Antitrust, aplicable al Sector Eléctrico, estableció la referida Reglamentación, y subsecuentemente contiene todas las disposiciones estipuladas en dicha Ley. La Reglamentación describe el proceso legal para la notificación en funciones horizontales y verticales, una manera concreta y un criterio para evaluaciones de la operación, una serie de recursos legales para la Comisión si una compañía no cumple con la Ley Antitrust, la Reglamentación o las Decisiones de la Comisión o de la Corte. Además de las tareas de monitorear los mercados, realizar investigaciones y análisis de casos, y los efectos de la nueva Reglamentación, la Comisión ejerce actividades del área de privatización. Como resultado de la reciente privatización del sector eléctrico, un gran número de casos en los cuales entendía la Comisión se refería a asuntos correspondientes a esta privatización.

#### 2.1.11 Estados Unidos de Norteamérica

La ley correspondiente a la competencia es la Sección 1 de la Ley Sherman, 15 USC § 1. La División Antitrust del Departamento de Justicia ('DoJ') se ocupa de su observancia. La Sección de Juicios del DoJ lleva a cabo la investigación y las acciones contra los carteles. Los abogados informan al Procurador General Asistente. El Procurador General Asociado de los Estados Unidos supervisa a la División Antitrust.

El número y la importancia de las acciones victoriosas contra los carteles internacionales en las cuales entiende la División Antitrust, han aumentado desde principios de la década del 90. Desde 1995, la División Antitrust ha hecho del enjuiciamiento de los carteles internacionales uno de sus prioridades más altas. Consecuentemente, ha dedicado mayores recursos para desvendar la conducta de los carteles internacionales, que ejercen consecuencias económicas significativas para los consumidores americanos. Durante el año fiscal 2000, la División Antitrust llevó a cabo aproximadamente 30 investigaciones de gran jurado sobre actividades sospechosas de los carteles internacionales. En la actualidad, aproximadamente un tercio de las investigaciones criminales de la División Antitrust involucran actividades sospechosas de los carteles internacionales.

La Sección 1 de la Ley Sherman prohíbe "todo contrato, combinación en la forma de trust o de cualquier otra manera, o conspiración que restrinja el comercio". No identifica específicamente el tipo de conducta que es ilícita. (Sin embargo, se ha encontrado que la conducta descrita más arriba viola la Sección 1). La conducta del cartel puede ser criminal según las disposiciones de la Sección 1. Además, los miembros del cartel pueden ser pasibles de acciones civiles según la Sección 4 de la Ley Clayton.

Un acuerdo de un cartel internacional que facilita la fijación de precios, la comisión de fraudes al presentar propuestas en licitaciones o la adjudicación de volumen, mercados o clientes, constituye de por sí una violación de la Sección 1.

Las leyes antitrust de los Estados Unidos se aplican a conductas cometidas fuera del país y que producen un efecto sustancial dentro de los Estados Unidos. Las Directrices para la

Observancia de las Normas Antitrust en Operaciones Internacionales de 1995 de la Comisión de Comercial Federal (FTC) y el DoJ de 1995 (“las Directrices Internacionales”) disponen que “la conducta anticompetitiva que afecta al comercio interno o externo de los Estados Unidos pueden violar las normas antitrust de los Estados Unidos, independientemente de dónde se produjo tal conducta o la nacionalidad de las partes involucradas”.

Sin embargo, existen dos desafíos significativos a la investigación y al enjuiciamiento con éxito de los carteles internacionales: (i) obtener pruebas y testigos situados en el exterior –fuera del alcance del poder de citación de los Estados Unidos y autoridad para búsqueda y aprehensión; y (ii) obtener jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos no sólo en el caso en sí, sino sobre los demandados extranjeros.

La División Antitrust coopera con las agencias de observancia extranjeras y consiste apoyo de las mismas en la ayuda en las investigaciones Esta cooperación puede variar de (i) arreglos para casos específicos, tal como ejecutar órdenes de búsqueda y compartir información investigativa; (ii) acuerdos de cooperación antitrust con ciertos países; a (iii) tratados.

El DoJ tiene varios tipos de acuerdos de cooperación con autoridades extranjeras para la observancia de las normas antitrust. Estas varían desde acuerdos informales relativos a casos específicos a acuerdos de cooperación y tratados. Los Estados Unidos tienen acuerdos antitrust vigentes con Australia, Alemania, la Unión Europea, Canadá, Japón, Israel (ya suscripto pero aún no vigente), Brasil (ya suscripto pero aún no vigente) y México (ya suscripto mas aún no vigente). Estos acuerdos son “blandos”, pues no invalidan las leyes de aplicación nacional de cada parte. En particular, los acuerdos “blandos” no permiten que se comparta información confidencial, que de otra manera no podría divulgarse según las leyes nacionales.

De acuerdo con la Ley Internacional de Asistencia a la Observancia Antitrust (IAEAA), los Estados Unidos suscribieron un acuerdo con Australia, que permite a las agencias de observancia antitrust de ambas naciones, compartir información confidencial tanto en asuntos civiles como penales. Estos acuerdos son considerados “duros” porque no solamente desplazan a la legislación nacional que de otra manera sería aplicable, sino que resultan vinculantes en cada país.

Además de estos acuerdos bilaterales, el DoJ ha estado trabajando con la OCDE para obtener un consenso multilateral entre los Estados miembros del primero en una amplia variedad de asuntos antitrust y sobre la competencia. Por ejemplo, en 1998, los ministros del OCDE endosaron una Recomendación presentada por el DoJ sobre Carteles *hard core* que estimula a los países miembros de la OCDE a aprobar y hacer cumplir leyes que prohíban la actuación de carteles *hard core* y celebrar acuerdos con otros países a fin de permitir el intercambio de pruebas con autoridades antitrust extranjeras, según el alcance permitido por las leyes nacionales.

También el FTC anunció modificaciones en los dos principios de la Sección 8 de la Ley Clayton, que definen cuándo es ilícito para un individuo servir como agente o director de dos o más empresas competidoras. Estas posiciones interligadas serían ilegales si cada una de las dos empresas posee capital, beneficios y ganancias totales superiores a 14,73 millones de dólares y las ventas competitivas de cada corporación superan los 1,473 millones de dólares.

#### 2.1.12 Venezuela

En Venezuela, la resolución n° SPPLC/039 – 99 definió los criterios para determinar si una concentración vulnera el Artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger a la Competencia Abierta. La legislación creó un proceso concreto para evaluar si una concentración genera efectos negativos sobre la competencia abierta en un mercado en particular. A fin de lograr este objetivo, la legislación describe una serie de criterios utilizados para evaluar una concentración. Estos criterios incluyen disposiciones que definen al mercado correspondiente para la concentración, la porción de mercado antes y después de la concentración y las barreras para ingresar al mercado. Además, la legislación considera los beneficios económicos que resultan de dicha concentración. La mayoría de los casos tratados por la Superintendencia, en los años 1998-1999, se referían a quejas sobre fijación de precios, colusión y otros tipos de prácticas anticompetitivas. La Superintendencia preparó también informes sectoriales sobre agricultura, telecomunicaciones, electricidad y otros, y participó en varios proyectos y discusiones políticas referidas a las desregulación económica.

## 2.2 Europa

Nos referimos más abajo a las leyes de la Unión Europea y de algunos países europeos a fin de hacer es éste un estudio amplio y que permita las comparaciones.

### 2.2.1 Unión Europea (UE)

Dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, las leyes de competencia tanto nacionales como de la Unión se aplican a los carteles. En lo que hace a la ley de competencia de la Unión Europea, la disposición pertinente es el Artículo n°81 del Tratado de la CE. Las normas referidas a los procedimientos para lograr la observancia están contenidas en la Reglamentación 17.

La principal agencia encargada de hacer cumplir la ley es la Comisión Europea (la Comisión). El servicio responsable por la observancia de las reglas sobre competencia es la GD de la Competencia. Existe una unidad especial sobre carteles dentro de la GD de la Competencia que investiga los carteles sospechosos. Las investigaciones también pueden ser llevadas a cabo por las unidades sectoriales en la GD de la Competencia, dentro de su respectiva área de responsabilidad. Durante los últimos tres años, la Comisión ha reafirmado en repetidas oportunidades su compromiso de detectar y castigar a los carteles del tipo *hard core*.

El Artículo 81 también puede ser aplicado por ante los tribunales nacionales en todos los Estados miembros de la UE y, en algunos Estados miembros, por las autoridades nacionales de la competencia. El Artículo 81, por otro lado, puede aplicarse a acuerdos celebrados entre partes situadas fuera de la UE, pero que tienen efecto sobre la competencia dentro de la UE.

La UE posee acuerdos de cooperación (tanto multilaterales o bilaterales) con ciertos países que no pertenecen a la UE, especialmente los Estados Unidos, Canadá, Australia, Japón y Suiza. El más significativo de estos acuerdos de cooperación es el acuerdo de asistencia mutua de los Estados Unidos que dispone que las autoridades de los UE y de los EEUU se notifiquen mutuamente en aquellos casos en que sus actividades de observancia pueden afectar los intereses de la otra parte, colaboren entre sí en sus actividades de observancia y cooperen con relación a la investigación de actividades anticompetitivas en el territorio de una parte que de manera desfavorable afecte los intereses de la otra. Como resultado de ello, se ha producido una creciente cooperación entre la UE y los EEUU en asuntos relativos a carteles en los últimos tiempos (por ejemplo, con referencia al producto Lysine, electrodos de grafito y vitaminas). Los

contactos entre la Comisión y las autoridades de los Estados Unidos se han tornado un lugar común y se han producido una serie de visitas del personal. Los acuerdos de cooperación no permiten que la Comisión revele información confidencial recibida de las compañías durante el curso de las investigaciones.

Con relación a la interacción entre la UE y las autoridades nacionales de los Estados miembros, existe en general cooperación entre las diferentes autoridades sobre si los casos deben llevarse en el ámbito nacional o en el de la Unión Europea. No existe regla formal para evitar la duplicación de sanciones en caso de que se produzcan sendas investigaciones tanto en el orden nacional como de la Unión.

### 2.2.2 Francia

La antigua ley casuística permite la aplicación de la prohibición de los carteles a la conducta que produce efectos en territorio francés, aún cuando los participantes en el cartel estén situados fuera del territorio de Francia. Esta construcción ha sido recientemente refrendada por la Ley sobre las Nuevas Reglamentaciones Económicas. Esta ley modificó el Artículo L 420-1 del Nuevo Código Comercial al especificar que los carteles están prohibidos “aún [cuando] sean directa o indirectamente [implementados] por una compañía o un grupo situado fuera de Francia”.

En el ámbito europeo, el Consejo de la Competencia puede ayudar a las autoridades extranjeras en casos antitrust específicos, en particular la Comisión Europea. Como resultado, a pedido de ésta última, las autoridades francesas pueden iniciar las investigaciones que la Comisión Europea considere necesarias (Artículo 14(1) de la Reglamentación 17/62) o incluso ejecutar órdenes, de acuerdo con una decisión específica (Artículo 14(3) de la Reglamentación 17/62).

Si el comercio entre los Estados miembros se ve afectado, los acuerdos anticompetitivos que tengan efecto dentro del territorio francés puede sujetarse tanto a la norma de la UE (Artículo 81) como a la ley francesa (Artículo L 420-1 del Código Comercial). En consecuencia, existe el riesgo de conflicto entre las decisiones de las autoridades francesas y las de la Comisión Europea. A fin de asegurar la aplicación uniforme de la ley de la UE, el Consejo de la Competencia debería normalmente suspender su decisión hasta que la Comisión Europea emita su decisión final.

Teóricamente, el Consejo de Competencia puede dictar una decisión según la ley francesa sancionando una práctica anticompetitiva, mientras que la Comisión Europea puede castigar prácticas similares con sujeción a la ley de la UE. Sin embargo, el Consejo de Competencia ha postergado con frecuencia su decisión hasta que sea adoptada la decisión de la Comisión Europea. Según el nuevo Artículo L 462-9 del Código Comercial, la cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades francesas con relación a la comunicación de información y documentos y la conducta de las investigaciones ha recibido base legal.

### 2.2.3 Alemania

La legislación pertinente se aplica a todas las restricciones a la competencia que producen efectos dentro de Alemania (efectos de doctrina, *Auswirkungsprinzip*, Ley Contra las Restricciones a la Competencia § 130(2)). Las actividades en el extranjero, por consiguiente se sujetan al GWB en la medida en que participan en acuerdos restrictivos o prácticas concertadas

que producen efectos en el mercado alemán. La GWB puede aplicarse a empresas extranjeras, aún cuando nunca hayan estado directamente activas en el mercado alemán, sin mencionar a las que mantienen una subsidiaria, sucursal u otro establecimiento comercial en Alemania. El § 1 de la GWB es aplicable si las restricciones horizontales sobre la competencia tienen la posibilidad de afectar al mercado alemán. No se requiere que tal posibilidad se concrete

Desde 1958, las normas sobre los carteles han sido parte esencial de la Ley Contra las Restricciones a la Competencia, o *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, en Alemania. La GWB fue modificada seis veces. La última enmienda de 1998 trató de armonizar la ley alemana con la de la UE.

Además de los acuerdos de cooperación con los Estados Unidos y Francia, la Convención Europea sobre el Servicio de Documentos relativos a los asuntos administrativos de 1997 contempla la asistencia mutua con relación al servicio de las cartas administrativas en jurisdicciones extranjeras (partes: Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y España).

En la práctica, no obstante, de gran importancia práctica, por contraste, encontramos la estrecha (informal) cooperación entre la autoridad nacional y la Comisión Europea, que muy recientemente se ha extendido a las autoridades de la competencia de otros Estados miembros de la UE: desde la primavera de 2001, las autoridades de la competencia de los países miembros de la UE y la Comisión han adoptado una medida relativa a una cooperación más estrecha, que se denomina ECA. Esta cooperación (informal) incluye reuniones de autoridades importantes cada seis meses y grupos de trabajo sobre temas específicos. Hasta ahora las autoridades europeas de la competencia han discutido, por ejemplo, sus programas de indulgencia y su enfoque con relación a los pedidos de fusiones múltiples.

Por cuestión de principio, el hecho de que ciertos carteles sean investigados en otras jurisdicciones, puede desencadenar investigaciones similares en Alemania, siempre que el cartel se encuentre en acción o produzca efectos también en Alemania. El hecho de que una empresa o un individuo puedan haber sido ya castigados o multados en otro país, no impide que las autoridades contra los carteles de Alemania lleven a cabo una investigación e impongan multas, y al calcular el monto de la multa no necesariamente tendrán en cuenta la multa ya impuesta en otro país. Como las investigaciones por parte de las autoridades nacionales contra los carteles frecuentemente se refieren a los efectos de un cartel dentro de diferentes jurisdicciones y mercados, el problema de la doble sanción (*ne bis in idem*) generalmente no se presentará. Con relación a las investigaciones paralelas por parte de las autoridades alemanas y la Comisión Europea, las autoridades alemanas que actúan contra los carteles pueden en principio investigar y multar un cartel paralelamente a la Comisión (teniendo en cuenta las multas ya impuestas por la Comisión) pero normalmente se abstendrán de efectuar su propia investigación si la Comisión por su parte investiga el caso.

#### 2.2.4 Italia

La Autoridad sobre la Competencia Italiana ha estado aplicando una regla *per se* al condenar a los carteles, disponiendo que cuando los acuerdos entre empresas, aunque sólo lo sean potencialmente, reducen sustancialmente la competencia dentro del mercado nacional o en parte sustancial del mismo, los mismos son prohibidos (Artículo 2 de la ley). Los acuerdos verticales pueden también prohibirse según el Artículo 2. La Autoridad, no obstante, ha aplicado

frecuentemente una regla de razonamiento al investigar los acuerdos de distribución y otro tipo de acuerdos verticales.

De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley, se prohíben los acuerdos entre empresas que tienen por finalidad la prevención, restricción o distorsión apreciable de la competencia dentro del mercado nacional o en parte sustancial del mismo. Para la finalidad de habilitar la jurisdicción italiana, deben observarse los efectos de la conducta en el mercado italiano y no donde la conducta tiene lugar. Se sigue de ello que aún si la conducta tuvo lugar en el exterior, pero produjo efectos anticompetitivos en el mercado italiano, dicha conducta se subsume en el Artículo 2.

La Autoridad es miembro de varios comités asesores establecidos por el Directorio General para la Competencia de la Comisión Europea para recibir las opiniones no vinculantes de las autoridades antitrust de diferentes Estados miembros con relación al proyecto de decisiones sobre casos comunitarios relativos a acuerdos, abusos de la posición dominante y concentraciones.

Existen otras formas de cooperación ente la Autoridad y la Comisión, incluyendo el intercambio de información de doble mano, y las actividades de parte de la Autoridad para apoyar a la Comisión cuando las inspecciones se llevan a cabo en compañías en Italia. De acuerdo con la Sección 54 de la Ley n° 52 del 6 de febrero de 1996, expedido a fin de cumplir con las obligaciones derivadas de los miembros italianos en la Comunidad, la Autoridad puede aplicar los Artículos 81 Sub-sección 1 y 82 del Tratado, que establece que la Comunidad Económica Europea posee facultades y posibilidad de actuar de acuerdo con los procedimientos dispuestos para la aplicación de la legislación nacional.

### **3. REFERENCIAS CRUZADAS**

#### **3.1 UNCTAD**

Las medidas internacionales desarrolladas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, en su Serie de Principios y Normas, sugiere que la colaboración en el ámbito internacional debe apuntar a la eliminación o al tratamiento efectivo de las prácticas comerciales restrictivas, incluyendo aquellas practicadas por las corporaciones transnacionales, por medio del fortalecimiento y el perfeccionamiento de los controles sobre dichas prácticas, que afectan de manera adversa al comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, así como al desarrollo económico de estos países. En este sentido, las acciones deben incluir: (i) el trabajo destinado a lograr enfoques comunes en las políticas nacionales con relación a las prácticas restrictivas del comercio, compatibles con la Serie de Principios y Normas; (ii) comunicación anual a la Secretaría General de UNCTAD sobre la información apropiada con relación a las medidas tomadas por los Estados y agrupaciones nacionales a fin de que cumplan su compromiso con la Serie de Principios y Normas, e información sobre la adopción, desarrollo y aplicación de la legislación, reglamentaciones y políticas relativas a prácticas comerciales restrictivas; (iii) continua publicación anual por UNCTAD de un informe sobre los avances en la legislación contra las prácticas comerciales restrictivas que afectan negativamente al comercio internacional, particularmente el comercio y el desarrollo de los países en vías de lograrlo, con base en información públicamente disponible y en la medida de lo posible, otro tipo de información, particularmente sobre la base de pedidos dirigidos a todos los Estados miembros o suministrados por iniciativa propia y, cuando sea

apropiado, al Centro de las Naciones Unidas para las Corporaciones Nacionales y otras organizaciones internacionales competentes.

Aún de acuerdo con la Serie de Principios y Normas: (i) las consultas deben producirse cuando un Estado, particularmente de un país en desarrollo, considera que una consulta con otro Estado o Estados es apropiada con relación a un tema relativo al control de las prácticas comerciales restrictivas, pudiendo requerir una consulta con aquellos Estados con miras a encontrar una solución mutuamente aceptable. Cuando se efectúa una consulta, los Estados comprendidos pueden solicitar al Secretario General de UNCTAD que brinde espacios para conferencia de común acuerdo para efectuar la referida consulta; (ii) los Estados deben brindar total consideración a los pedidos de consulta y, según el acuerdo con relación al tema y los procedimientos de dicha consulta, la misma debe tener lugar en la oportunidad apropiada; (iii) si los Estados involucrados así lo deciden, deben preparar un informe conjunto sobre las consultas y sus resultados y, si así lo desean, con la ayuda del secretariado de UNCTAD que se pondrá a disposición del Secretario General de UNCTAD para su inclusión en el informe anual sobre prácticas comerciales restrictivas.

También se cree que debería realizarse un trabajo continuo en el seno de UNCTAD para la elaboración de una ley o leyes modelo sobre prácticas comerciales restrictivas, a fin de ayudar a los países en desarrollo a dotarse de legislaciones adecuadas. Los Estados deben brindar a UNCTAD la información necesaria y su experiencia en este sentido. Además, UNCTAD considera que es recomendable poner en ejecución dentro o mediante el apoyo de la propia UNCTAD – y otras organizaciones importantes del sistema de las Naciones Unidas en conjunción con UNCTAD - asistencia técnica, programas de asesoramiento y de capacitación sobre prácticas comerciales restrictivas, particularmente para los países en desarrollo. Por lo tanto, deberá facilitarse la presencia de expertos para ayudar a los países en desarrollo, a pedido de éstos, para formular o mejorar la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas y procedimientos y seminarios, programas de capacitación o cursos, que deberían dictarse, en principio, en los países en desarrollo, a fin de capacitar a los agentes involucrados o que pueden llegar a estar involucrados en la administración de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas y, en este aspecto, debe aprovecharse, *inter alia*, la experiencia y conocimiento de las autoridades administrativas. Debe compilarse un manual y obras relevantes sobre legislación de prácticas comerciales restrictivas, así como documentos, libros y cualquier otra información sobre asuntos relativos a los mismos, colocándolos a disposición, particularmente a favor de los países en desarrollo. Debe organizarse y facilitarse el intercambio de personal entre las autoridades en el área de prácticas comerciales restrictivas, así como conferencias internacionales sobre la legislación y políticas sobre el tema de prácticas comerciales restrictivas, como también seminarios para intercambiar puntos de vista sobre dichas prácticas entre personas de los sectores públicos y privados.

Finalmente, la UNCTAD es de la opinión que las organizaciones internacionales y los programas de financiación en particular el programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas, deben ser invitados a suministrar recursos por medio de los canales y modalidades apropiadas para financiar las actividades mencionadas más arriba. Además, se invita a todos los países, en particular a los desarrollados, a efectuar aportes financieros y de otro tipo para las actividades señaladas.

### 3.2 OCDE<sup>2</sup>

La legislación de la mayoría de los países miembros de la OCDE incluye la posibilidad de aplicar elevadas multas contra las firmas que formen parte de un cartel. Las multas máximas permitidas pueden estar expresadas sea en una cantidad de dinero determinada o como un porcentaje de algún volumen de facturación, o ambos. En la primera categoría se encuentran Australia (10 millones de AUD), Canadá (10 millones de CAD 10 por cuenta de conspiraciones y a discreción en el caso de fraudes en propuestas) y México (375.000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, actualmente el equivalente a aproximadamente 1,5 millones de dólares norteamericanos). En la segunda categoría, para las multas máximas expresadas como porcentaje de la facturación, se encuentran Francia (10% de la facturación mundial), la Unión Europea (10% de la facturación global del año anterior), Hungría (10% de la facturación del año anterior), Italia (10% de la facturación del año anterior), Suecia (10% del ingreso anual) y el Reino Unido (10% de la facturación en el Reino Unido durante la duración del cartel, por un máximo de tres años).

Varios países poseen ambos tipos de multas “máximas”: La República Checa (10 millones de CSK o 10% de la “facturación líquida” del año previo), Finlandia (672.752 euros o 10% de la facturación global del año anterior), Irlanda (3.909.214 millones de euros o 10% de la facturación del año anterior), Japón (recargo administrativo de hasta 6% de las ventas acumuladas de productos sujetos al acuerdo, durante un máximo de tres años, multa penal de hasta 100 millones de yenes), Corea (recargo de 5% de la facturación afectada por el cartel o 1.000 millones de KRW, multa penal de hasta 200 millones de KRW), Países Bajos (450.000 euros o 10% de la facturación), Polonia (el menor entre 5 millones de euros o 10% de la facturación del año previo), España (901.518 euros o 10% de la facturación del año anterior) y Turquía (200 millones de TRL o 10% del ingreso bruto del año previo). Dos países también ofrecen alternativas, pero en lugar de la facturación total el máximo se expresa en términos de ganancias ilícitas: Alemania (multa administrativa de 511.292 euros o tres veces la ganancia adicional del cartel), y los Estados Unidos (10 millones de dólares o dos veces la ganancia del cartel o la pérdida causada a las víctimas). Una reciente modificación a la ley de Nueva Zelanda brindó tres alternativas: la mayor entre 10 millones de NZD, tres veces la ganancia ilícita, o si ésta no se conoce, 10% de la facturación anual de la empresa. Dinamarca y Noruega establecen multas, pero los máximos no se expresan. En Noruega, el tribunal puede también ordenar la confiscación de las ganancias del cartel.

Las leyes de la competencia en los países de la OCDE ofrecen una amplia gama de sanciones contra los miembros de los carteles, y por sus términos permiten la imposición de pesadas sanciones. Existe una clara tendencia en varios países hacia sanciones más rigurosas en los casos de cartel, y otros están revisando sus leyes y políticas a fin de establecer mayores sanciones contra los mismos.

La finalidad principal de las sanciones en los casos de cartel reside en la disuasión. La decisión de formar o integrarse a un cartel es inicialmente financiera – los carteles pueden rápida y sustancialmente mejorar las ganancias de los participantes. Una arma disuasiva efectiva, por lo tanto, es aquella que asegura, en promedio, sustraer las ganancias financieras que de otras

---

<sup>2</sup> *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws - DAFNE/COMP (2002) 7.*

maneras beneficiarían a los miembros del cartel. Las sanciones tienen otra finalidad correspondiente en el contexto del cartel – aquella de brindar un incentivo para los participantes del cartel para que abandonen el acuerdo secreto y brinden informaciones a los investigadores.

El enfoque basado en la política de incentivos y amenazas con relación a la investigación requiere que la “amenaza” – la posible sanción – sea suficientemente severa como para posibilitar el “incentivo” – la oportunidad de evitar la sanción mediante la cooperación. Así, tanto para los fines disuasivos y de cooperación la sanción potencial debe ser sustancial si quiere ser efectiva.

### 3.3 Comentarios de la doctrina y la OMC<sup>3</sup>

La serie de medidas de observancia de los años 90 ha demostrado que los carteles privados internacionales no son ni reliquias del pasado ni caen rápidamente bajo el peso de sus propios problemas de incentivo. Aún cuando el engaño eventualmente mina un cartel, los consumidores pueden haber soportado durante años los altos precios, y las barreras duraderas para el ingreso han frecuentemente sido creadas por conductas estratégicas de los carteles. De una muestra de 40 de dichos carteles enjuiciados por los Estados Unidos y la UE en los años 90, 24 de ellos tuvieron por lo menos una duración de cuatro años. Y para los veinte carteles en esta muestra que disponen de datos sobre ventas, la facturación mundial anual en los productos afectados excedió a 30.000 millones de dólares. Las políticas de competencia vigentes en el orden nacional se orientan para tratar el daño causado en los mercados domésticos, y en algunos casos solamente prohíben los carteles mediante la adopción de fuertes medidas de observancia. La persecución agresiva de los carteles puede detener a la colusión, pero los participantes del cartel solamente sentirán temor donde exista suficiente cooperación internacional para reunir pruebas y entablar acciones contra los infractores.

En su *Informe Anual de 1997*, la Organización Mundial del Comercio (OMC) resaltó la creciente significación de los carteles internacionales para los agentes encargados de elaborar políticas, notando que “existen indicaciones que una creciente proporción de acuerdos de cartel tienen un alcance internacional.” La creciente liberalización comercial, al aumentar la competencia en mercados nacionales anteriormente protegidos, puede contar con el incentivo creciente de las firmas para participar en carteles. Estos carteles minan la integración internacional y disminuyen los beneficios de la liberalización con relación a los consumidores.

Los carteles de exportación son también un problema a ser enfrentado. Ellos existen cuando las asociaciones de firmas cooperan en el mercadeo y distribución de su producto con destino a los mercados externos. Las normas de competencia de virtualmente todos los países exigen a tales carteles de exportación del enjuiciamiento de las autoridades internas. En alguna legislación, las exenciones para los carteles exportadores están explícitamente motivadas por el mercantilismo: el deseo de aumentar las exportaciones nacionales y dar a las firmas nacionales una ventaja competitiva con relación a las firmas establecidas en otros países. En la mayoría de los casos, no obstante, no se requiere registro alguno, de manera que se dispone de información limitada con relación al número o actividades de las asociaciones exportadoras. Cuando los Estados Unidos aprobaron la Ley Webb-Pomerene en 1918, que exime a los carteles exportadores americanos de algunas de las disposiciones legales de los Estados Unidos contra

---

<sup>3</sup> EVENETT, Simon J., LEVENSTEIN, Margaret C. y SUSLOW, Valerie Y. *International cartel enforcement: lessons from the 1990s*.

la cartelización, la mayoría de sus socios comerciales no prohibió los carteles. Los Estados Unidos eran en ese entonces un actor relativamente pequeño en muchos mercados internacionales, y aquellos mercados estaban efectivamente controlados por carteles legales internacionales dominados por grandes productores europeos. Los carteles extranjeros iniciaron acciones para impedir la entrada de los no miembros, pero las firmas de los Estados Unidos fueron por lo tanto impedidas de exportar hacia estos mercados. En tal entorno, las exenciones para los carteles de exportación eran más probablemente para promover las exportaciones, aún cuando no necesariamente aumentasen mucho la competencia en los mercados externos.

Actualmente, el efecto probable de las exenciones para los carteles de exportación es tornar más difícil para los gobiernos nacionales el intercambio de información y las pruebas con relación a las actividades de carteles internacionales sospechosos. Esto es así porque las naciones son renuentes a suministrar información sobre los actos en los cuales toman parte sus exportadores y que consideran ser legítimos a la luz de sus propias leyes. Sin embargo, las reformas recientes en la ley de competencia de los países de la UE han restringido o eliminado las exenciones de los carteles exportadores en algunos Estados miembros. Por ejemplo, la nueva ley de competencia de Alemania omite de manera explícita su antigua disposición para la exención y registro de los carteles de exportación. La Ley de Competencia del Reino Unido de 1988, omite toda mención a las disposiciones de la Ley de Lealtad de Comercio (*Fair Trading Law*) en lo que se refiere a la exención y el registro de los carteles de exportación. Cuando los países han dispuesto exenciones explícitas para dichos carteles, aquellas no parecen ser ampliamente utilizadas por los carteles internacionales. Por ejemplo, no existe mención sobre la existencia de una *Webb-Pomerene Association* en ninguno de las recientes decisiones condenatorias de carteles internacionales obtenidos por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. El requisito de registro puede disuadir a los participantes cartelizados de aprovechar la oportunidad de la exención. Las firmas dedicadas a la fijación de precios pueden escoger la confidencialidad a una inmunidad limitada que podría atraer la atención de las autoridades sobre la competencia.

Los carteles internacionales constituyen un impedimento de peso para el flujo de bienes y servicios a través de las fronteras. Las recientes experiencias en materia de observancia sugieren que la cartelización diseminada en ciertas industrias ha afectado los mercados de muchas naciones. Esto podrá no ser una preocupación si las normas nacionales antitrust brindasen una disuasión suficiente para los carteles internacionales – sin embargo tanto un razonamiento a priori y el historial fragmentario de la cooperación internacional en esta área sugiere que no es éste el caso. En particular, tres aspectos de la aplicación y observancia de la ley en lo que hace a los carteles necesitan ser modificados. Primeramente, la probabilidad de que un cartel sea castigado se reduce considerablemente en virtud del mosaico existente en los acuerdos de cooperación bilateral sobre la posibilidad de reunir y compartir los medios probatorios con las jurisdicciones extranjeras. En segundo lugar, las sanciones basadas en verificaciones nacionales de las ganancias pecuniarias de la cartelización difícilmente detendrán a los carteles que operan en los mercados de varios países. En tercer lugar, la vigilancia no debe terminar con el castigo infligido a los carteles, ya que los individuos que fijan inicialmente los precios tratan con frecuencia de restaurar efectivamente el *status quo* anterior, fusionándose o tomando otras medidas que atenúan las presiones competitivas y aumentan precios. A menos que un enfoque pro-eficaz impulse a toda la política de observancia de la competencia, los beneficios creados por las medidas de observancia genuinamente interesadas sufrirán la erosión por la falta adecuada de observancia en otras áreas.

Siguiendo las recomendaciones sugeridas por Simon J. Evenett, Margaret C. Levenstein, y Valerie Y. Suslow<sup>4</sup>, cualquier reforma propuesta con relación a la observancia o *enforcement* debe ser evaluada, en gran parte, en el poder disuasivo que brinda a las firmas para cartelizar los mercados en primer lugar. El poder de dicha disuasión depende de la percepción de la firma sobre la posibilidad de ser sancionada y la magnitud de la sanción a ser impuesta. Aunque los beneficios pecuniarios producto de la cartelización pueden resultar del aumento de precios en el ámbito mundial, las experiencias recientes en la observancia o *enforcement* sugieren que mucha de la evidencia y muchas de las personas responsables por la cartelización internacional se encuentran en las naciones donde se sitúan las matrices de las firmas con orientación global. Esto sugiere que aunque los cálculos del daño pecuniario deberían en principio trasladarse de lo nacional a lo global, en la actualidad las reformas a la “tecnología de la investigación” necesitan focalizar probablemente tan sólo la cooperación entre las naciones industrializadas. Como primera respuesta, resulta tentador abogar por la creación de una autoridad de observancia global con facultades para reunir pruebas, realizar entrevistas y entonces computar las ganancias globales de la cartelización y aplicar las multas correspondientes. En principio, una propuesta de tal naturaleza podría superar las deficiencias del sistema actual de *enforcement* nacional y cooperación bilateral. Sin embargo, en esta coyuntura ninguna nación parece dispuesta a hacer un fondo común con su soberanía de manera tan agresiva, o permitir que sus ciudadanos y firmas sean sancionados por dicho organismo. Las facultades relativamente débiles de la UE para el *enforcement* contra los agentes que fijan los precios y similares constituyen un testamento a la renuencia de los miembros de la UE, que han estado haciendo un fondo común con sus soberanías en otras áreas durante décadas, para ceder facultades en los casos de carteles – aunque son ampliamente conocidas las distorsiones que los carteles pueden originar para el libre flujo de bienes y servicios a través de las fronteras europeas. Así, deberíamos dirigir nuestra atención hacia alternativas de reforma más modestas y tal vez más factibles. Una opción consistiría en tratar las deficiencias del sistema actual de programas corporativos de indulgencia. Primeramente, debería introducirse una disposición de manera que las firmas pudiesen simultáneamente solicitar la indulgencia en múltiples jurisdicciones, siendo sus pedidos evaluados en la totalidad de las pruebas de cartelización presentadas. En segundo lugar, para reducir la incertidumbre enfrentada por la “primera” firma a aparecer con pruebas sobre una cartel internacional que no está siendo investigado en la actualidad, los programas de indulgencia corporativa deben establecer el grado mínimo (no-cero) de alivio de las penalidades. Tal reforma debería además aumentar el incentivo de cualquier miembro del cartel para “desertar”, tornando la cartelización difícil de sostener. Otra alternativa toma los recaudos iniciales para remediar esta deficiencia. Una vez que la investigación se dirige al tema de calcular el beneficio pecuniario, este paso inevitablemente controvertido podría transmutarse en un panel seleccionado de expertos calificados e independientes, que residirían en los países signatarios de un acuerdo plurilateral. Este panel presentaría estimativas (conteniendo estimativas sobre sus desviaciones estándar asociadas) de las ganancias obtenidas por el cartel a través de todas las naciones afectadas que son partes del acuerdo. El panel descompondría la estimativa de las ganancias totales del cartel de cada mercado nacional, que las autoridades de observancia deberían tener en cuenta al sancionar a los miembros del cartel o al acercar el caso a un tribunal para sancionar a los miembros del mismo. La desventaja evidente de esta última alternativa de reforma es que las ganancias de los mercados cartelizadores no signatarios no son tomadas en cuenta. Dadas las grandes cantidades de información requerida para lograr una

---

<sup>4</sup> *Idem.*

estimativa sensata de las ganancias pecuniarias de los carteles, resulta ingenuo insistir despreocupadamente que cualquier panel supranacional estime las consecuencias globales de un cartel. En su lugar, un acuerdo plurilateral debe tener cláusulas de acceso abiertas, para permitir que ingresen los que no son miembros y que hayan desarrollado capacidades de observancia nacional y que hayan alcanzado un grado predeterminado de cooperación internacional anticartel. Además, debe considerarse la posibilidad de informar a los que no son parte que sus intereses se ven afectados por un cartel en contraprestación del compromiso de tratar con indulgencia cualquier firma que ha suministrado voluntariamente información durante las etapas de la investigación. Reuniendo estas propuestas, se podría desenvolver en el tiempo un proceso de reforma en el cual los países industriales se trasladarían a partir de sus arreglos actuales a través de la primera y hasta la tercera alternativa. Constituyen un prerequisite necesario el fortalecimiento de las leyes anticartel nacionales y los compromisos de hacer cumplir la observancia. La cooperación en aumento promoverá la confianza entre las agencias antitrust, lo que resulta esencial si las agencias van a tener alguna fe en la intención y capacidad de terceros para utilizar la amplia discreción formada por la mayoría de las leyes anticartel, a fin de llevar a cabo y con victoria las investigaciones internacionales sobre los carteles. Es admisible que tal proceso no llevaría inmediatamente a la creación de una agencia supranacional anticartel.

Una alternativa para estas opciones de reforma que ha sido propuesta es el acuerdo plurilateral o multilateral en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Tal acuerdo involucraría compromisos para aprobar y aplicar una ley anticartel, y cooperar con las investigaciones lanzadas en el exterior. Como se tienen menos de diez años de experiencia en investigaciones internacionales anticartel, es dudoso que las mejoras prácticas en lo que hace a la observancia hayan evolucionado hasta tal punto que puedan ser codificadas en un acuerdo. Esto implica que cualquier acuerdo multilateral debería basarse probablemente en estándares sustantivos mínimos y procedimientos de ejecución. La discreción procesal y durante la investigación probablemente se mantendrán y no resulta obvio como un panel de controversias en la OMC podría evaluar si un gobierno utilizó dicha discreción de manera totalmente consistente con el acuerdo. El resultado probable es que solamente aquellas autoridades antitrust que no hayan seguido ciertos pasos procesales mínimos serán consideradas infractoras, un resultado que difícilmente producirá aumentos significativos de la probabilidad que los miembros del cartel sean castigados. Finalmente, tal acuerdo de la OMC difícilmente asegurará que las sanciones por la cartelización se basan en las ganancias pecuniarias en el ámbito mundial. Por todas estas razones, resulta improbable que un acuerdo OMC sea, en la actualidad, capaz de remediar las deficiencias del *enforcement* anticartel en el ámbito nacional. Sin embargo, los acuerdos internacionales descritos anteriormente podrían ofrecer la base para fortalecer el *enforcement* anticartel en países que actualmente no desean o no pueden adoptar y hacer cumplir leyes anticartel más rígidas. Podría ser elaborado un acuerdo OMC, de manera de tratar de manera explícita dos tipos de carteles orquestados privadamente y relacionados con el comercio. Primeramente, leyes que permiten los carteles de recesión, donde las firmas bajo considerable presión competitiva – potencialmente proveniente de las importaciones – se involucren en división de mercado, podrían ser prohibidas sobre la base de que la OMC ya posee mecanismos de salvaguarda bien establecidos. En segundo lugar, se podrían imponer disciplinas sobre los carteles exportadores legalmente sancionados. Parece haber una justificación para dejar que las firmas pequeñas compartan los considerables costos fijos del mercadeo y de la exportación; el objetivo debería ser evitar que tales arreglos resulten en pérdidas de protección

al consumidor. Dos disciplinas podrían ser impuestas sobre leyes otorgando exenciones para los carteles de exportación: notificación e ingreso sin impedimentos. La notificación comprendería la publicación de los nombres de los miembros de tales carteles, lo cual facilitará el monitoreo por parte de agentes antitrust en el país de importación. Un requisito de que el ingreso a tales acuerdos no sea impedido ayudaría tanto a reducir cualquier poder de mercado del que gozan los miembros actuales, y tornaría más difícil la coordinación de cualquier práctica comercial restrictiva.

### 3.4 Discusión hasta la fecha en el Grupo de Competencia de ALCA

El Grupo Negociador sobre Política de Competencia del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) ha estado trabajando en búsqueda del consenso con relación al tema de la competencia y ya ha establecido que la ley nacional y la jurisdicción deben siempre ser respetadas en el ámbito de ALCA. También, ya se ha logrado acuerdo sobre principios tales como el del debido proceso legal y el de transparencia, con relación a la observancia de la ley de competencia. Por otro lado, los carteles internacionales constituyen uno de los problemas más intrigantes para los países negociadores.

La séptima reunión del Grupo Negociador sobre Política de la Competencia para el Acuerdo del Área de Libre Comercio fue realizada en Panamá los días 11 y 12 de julio de 2002. Asistieron representantes de 23 países del hemisferio: Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Kitts & Nevis, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. La siguiente es una lista de los temas principales que fueron discutidos:

- Intercambio abierto de ideas sobre los temas generales y aspectos asociados con el Proyecto de Capítulo sobre Política de Competencia
- Revisión de los términos de referencia y bibliografía presentada por el Comité Tripartito, para un estudio subsiguiente sobre Tratamiento Especial y Diferenciado
- Revisión de las contribuciones de la sociedad civil que las delegaciones consideran que el Grupo debe evaluar
- El Grupo elaboró un proyecto de Plan de Trabajo que se extiende hasta julio de 2003; será sometido al CNT para su consideración
- Revisión del Informe al CNT sobre la labor llevada a cabo por el Grupo desde mayo de 2001 a julio de 2002, sobre todos los mandatos establecidos en la Declaración Ministerial de Buenos Aires, que refleja sus esfuerzos concertados para eliminar de manera creciente un mayor número de paréntesis.

## 4. CONTRIBUCIÓN PARA LA DISCUSIÓN EN ALCA

Teniendo en cuenta las discusiones que se han producido en el Grupo Negociador sobre Política de Competencia de ALCA, sería interesante resaltar las mayores preocupaciones que podrían ser tratadas en dicho Grupo, a fin de conseguir el mayor acuerdo posible:

- (i) ¿Debe un cartel ser condenado per se o debe ser de aplicación la regla de la razón?
- (ii) ¿Deben los países parte de ALCA adoptar una cortesía positiva cuando se trata de la observancia de su ley de competencia nacional?

- (iii) ¿Hasta qué grado debe existir cooperación entre los países del ALCA con relación a la investigación, juzgamiento y/o sanción a los carteles?
- (iv) ¿Debe el intercambio de información entre los países del ALCA con relación a asuntos referidos a competencia ser obligatorio o discrecional? ¿Qué decir entonces sobre la información confidencial?
- (v) ¿Es posible que los países de ALCA desarrollen algún mecanismo legal para facilitar el castigo de los carteles internacionales sin violar lo que ya ha sido acordado con respecto a la soberanía nacional?
- (vi) ¿Cómo deben tratarse los monopolios de Estado en vista de los principios de la competencia ya consensuados por ALCA?