



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/RBP/CONF.4/6
4 de septiembre de 1995

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS
ENCARGADA DE EXAMINAR TODOS LOS ASPECTOS
DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS
EQUITATIVOS CONVENIDOS MULTILATERALMENTE
PARA EL CONTROL DE LAS PRACTICAS
COMERCIALES RESTRICATIVAS

Ginebra, 13 a 21 de noviembre de 1995
Tema 8 del programa provisional

EXAMEN DE TODOS LOS ASPECTOS DEL CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS
EQUITATIVOS CONVENIDOS MULTILATERALMENTE PARA EL CONTROL DE LAS
PRACTICAS COMERCIALES RESTRICATIVAS:

- a) EXAMEN DE LOS 15 PRIMEROS AÑOS DE APLICACION
Y EJECUCION DEL CONJUNTO

Casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen
efectos en más de un país, en particular en los países
en desarrollo y otros países, con conclusiones generales
acerca de las cuestiones planteadas por estos casos

Nota de la secretaría de la UNCTAD

INDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCION	2
I. CASOS	2
II. CONCLUSIONES	16

INTRODUCCION

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, en su 14º período de sesiones, actuando como órgano preparatorio de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Restrictivas*, pidió a la secretaría de la UNCTAD, entre otras cosas, que "prepare un proyecto de nota que contenga una descripción de una muestra de casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país, en particular en los países en desarrollo y otros países, y en la que se saquen conclusiones generales acerca de las cuestiones suscitadas por esos casos" (conclusiones convenidas I b), anexo I del informe sobre el 14º período de sesiones, TD/B/42(1)/3-TD/B/RBP/106).

2. En consecuencia, en la presente nota se describen algunos casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país, en particular en los países en desarrollo y otros países, y se hace un análisis sucinto de cada caso, con inclusión de un comentario. La segunda parte contiene cierto número de conclusiones que podrían servir de base para los debates en la Tercera Conferencia de Examen.

I. CASOS

1. Comités de armadores de Francia y Africa occidental 1/

a) Hechos

En el procedimiento incoado por la Comisión Europea, por denuncia de cierto número de armadores independientes y del Gobierno de Dinamarca, estaban implicados cuatro conferencias marítimas y 11 comités de armadores que habían convenido entre sí imponer restricciones a la competencia en el tráfico entre Francia y 11 países del Africa occidental y central, a saber, Benin, Burkina Faso, el Camerún, el Congo, el Gabón, Guinea, Malí, el Níger, la República Centroafricana, el Senegal y el Togo. El acuerdo concertado tenía por objeto repartir entre los miembros toda la carga transportada por buques de líneas regulares y establecer un mecanismo para supervisar la aplicación de este acuerdo en cada una de las líneas. Por otra parte, los miembros se repartían sistemáticamente, sobre una base mensual, todo el tráfico entre Francia y los citados países. Además, tras conseguir que las autoridades de dichos países africanos adoptaran medidas para reservarles todo el tráfico de mercancías, los miembros participaron activamente en la aplicación de esas medidas con miras a denegar el acceso a dicho tráfico a los armadores que desearan operar al margen de los comités.

* Denominado en adelante el Conjunto.

b) Resolución

En su decisión, la Comisión Europea estimó que los acuerdos eran contrarios a las disposiciones del artículo 85 del Tratado de la CEE y que sus prácticas infringían el artículo 86 del mismo Tratado. La Comisión subrayó que la exención colectiva concedida a las conferencias marítimas no abarcaba los acuerdos y prácticas en cuestión y no autorizaba a establecer un cártel con respecto a la totalidad del tráfico, o con respecto a cierto número de rutas, para impedir que unos terceros tuvieran acceso al tráfico, con el objeto o el efecto de eliminar toda competencia efectiva. La Comisión consideró además que esta infracción constituía un grave quebrantamiento de la ley e impuso multas por un total de 15 millones de ECU a los tres participantes principales y multas menores, de 2.500 a 56.000 ECU, a los armadores menos implicados que participaban en el tráfico con terceros países. Asimismo la Comisión indicó que estaba dispuesta a entablar conversaciones con las autoridades de estos países con miras a ayudar a sus armadores a lograr una mayor participación en el tráfico generado por su comercio exterior.

c) Comentario

Por lo que respecta al derecho sustantivo y a las disposiciones del Conjunto (apartados a) y c) del párrafo 3 de la sección D), las restricciones convenidas a la competencia constituyeron acuerdos manifiestos entre competidores. Además, estas restricciones produjeron efectos contrarios a la competencia, no sólo en Europa, sino también en los 11 países africanos mencionados. El hecho de que la eliminación radical de toda competencia efectiva se debiera en parte a medidas adoptadas por los países interesados, a petición de los miembros de los comités de armadores, plantea cuestiones más amplias en materia de legislación y política de la competencia en esos países. Asimismo plantea la cuestión de la forma en que han de tratarse las solicitudes dirigidas a gobiernos extranjeros para la adopción de medidas para imponer restricciones a la competencia en apoyo de intereses privados. Este asunto muestra que la aplicación de una normativa regional en materia de competencia que reprima los acuerdos horizontales manifiestos entre competidores también puede tener efectos favorables para la competencia en otros países, incluidos los países en desarrollo.

2. Asunto United States v. Kanzaki Speciality Papers Inc. 2/
Asunto Her Majesty the Queen and Kanzaki Speciality Papers 3/

a) Hechos

En estos asuntos, incoados en los Estados Unidos y el Canadá, las autoridades de defensa de la competencia estimaron que las empresas implicadas -una empresa americana, una filial totalmente americana de una empresa japonesa y la empresa matriz japonesa de esta filial- habían restringido el comercio interestatal y exterior mediante un acuerdo, un entendimiento y una acción concertada de carácter permanente con el propósito principal de fijar los precios del papel térmico para facsímil en rollo de gran tamaño en los Estados Unidos y el Canadá. Para concertar y

aplicar este acuerdo, las empresas, entre otras cosas, habían examinado y acordado un incremento del precio de este papel en varias ocasiones en reuniones y conversaciones telefónicas, habían comunicado este incremento a sus clientes de conformidad con los acuerdos vigentes entre ellos y habían cobrado precios más elevados por dicho papel en los Estados Unidos y el Canadá.

b) Resolución

Los acuerdos concertados y aplicados en este asunto constituían cárteles de precios en violación del artículo 1 de la Ley Sherman y del artículo 45 de la Ley canadiense sobre la competencia (R.S.C. 1885, c. C.-34, reformada). En el Canadá, se impusieron a las empresas participantes multas por un total de 950.000 dólares canadienses. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, estos asuntos eran relativamente poco complejos. Lo que los hace especialmente notables en el contexto actual es el hecho de que en la etapa de investigación se ocuparon de ellos, en estrecha cooperación, la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Oficina Canadiense de Política de la Competencia, en cumplimiento del acuerdo de cooperación entre los dos países. Se estimó que esta cooperación había contribuido a que estos asuntos se resolvieran con éxito en ambos países 4/.

c) Comentario

Los asuntos relativos a las restricciones manifiestas de la competencia entre competidores con arreglo a las legislaciones de los Estados Unidos y el Canadá, así como las disposiciones del Conjunto (apartado a) del párrafo 3 de la sección D), muestran claramente que es factible y conveniente una estrecha colaboración basada en acuerdos bilaterales entre los países en los casos graves de prácticas contrarias a la competencia. Esa cooperación había incrementado la eficacia de los órganos de aplicación de la ley y probablemente también había reducido los costos de dicha aplicación. El hecho de que el derecho sustantivo y los procedimientos fueran diferentes en los dos países no constituyó un obstáculo, por lo menos en lo relativo a los acuerdos restrictivos entre competidores. También es de señalar que la cooperación facilitó la imposición de multas a las empresas extranjeras en el Canadá, lo que pone de manifiesto la eficacia de los instrumentos jurídicos nacionales para luchar contra las restricciones a la competencia impuestas por empresas establecidas fuera del territorio nacional.

3. Hojalata electrolítica 5/

a) Hechos

En este asunto, una empresa pakistaní que utiliza la hojalata electrolítica como material básico de envasado del aceite de cocina que produce, había convocado un concurso para la compra de 4.600 Tm de dicha hojalata. Recibió ofertas de seis empresas extranjeras y descubrió que las tres ofertas más bajas -de Luxemburgo, el Reino Unido y Alemania por 2.300, 1.500 y 800 Tm, respectivamente- correspondían exactamente a la

cantidad total que necesitaba. Al final, la empresa pakistaní tuvo que comprar 1.500 toneladas al Reino Unido, 800 a Alemania y 2.300 a dos empresas japonesas, ya que el licitador de Luxemburgo se negó a suministrar.

b) Resolución

La Dirección de Fiscalización de los Monopolios del Pakistán inició investigaciones de acuerdo con la ley vigente en materia de competencia por el hecho de que las tres ofertas más bajas correspondían exactamente a la cantidad total del producto que se necesitaba y por considerar que no era probable que esto hubiera ocurrido sino como resultado de una licitación colusoria. No se tomó ninguna decisión.

c) Comentario

El hecho de que no se tomara ninguna decisión a pesar de las fuertes pruebas circunstanciales existentes puede explicarse por el hecho de que el país no dispone de una ley sustantiva aplicable a estas prácticas restrictivas de la competencia, y sobre la base de la doctrina de los efectos, que permite la declaración de competencia aun en los casos en que no haya conducta pertinente en el territorio nacional, pero sólo si se trata de efectos resultantes de acuerdos anticompetitivos concertados en el exterior, y por la insuficiencia de instrumentos procesales, en particular facultades de investigación que permitan reunir pruebas suficientes para poder actuar contra empresas extranjeras, cuando tales pruebas estén situadas en parte o en su totalidad en el exterior. De la experiencia adquirida, en el asunto N° 2 supra, entre otros, se desprende que, sobre la base de la legislación nacional apropiada y mediante la cooperación entre los órganos encargados de la competencia en los distintos países, estos casos manifiestos pueden resolverse con éxito aunque las empresas participantes estén radicadas en el extranjero. Para este asunto es pertinente el apartado b) del párrafo 3 de la sección D del Conjunto de principios y normas.

4. Asunto United States v. Pilkington Plc 6/

a) Hechos

Pilkington, fabricante de vidrio del Reino Unido y primer fabricante mundial de vidrio flotado, había impuesto restricciones considerables a las empresas concesionarias de su tecnología. Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Pilkington había limitado la concesión de licencias a determinados países, había restringido el derecho de los concesionarios a conceder sublicencias sobre la tecnología y les había exigido que le retrocedieran todas las mejoras introducidas por ellos en el proceso comercial de fabricación de vidrio flotado.

b) Resolución

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos incoó un procedimiento con arreglo al artículo 2 de la Ley Sherman, resolviéndose finalmente el caso por avenencia. Pilkington aceptó poner término a ciertas restricciones

impuestas a los concesionarios para la utilización de la tecnología del vidrio flotado, autorizando a sus concesionarios estadounidenses a utilizar la tecnología anterior a 1983 para conceder sublicencias sobre esta tecnología a cualquier empresa extranjera, a reserva de determinadas obligaciones en materia de confidencialidad.

c) Comentario

Este asunto muestra que es posible adoptar medidas enérgicas contra las restricciones verticales de la competencia que afectan al comercio de exportación de un país aunque la empresa objeto de tales medidas esté radicada en otro país, y que dichas medidas pueden tener efectos favorables a la competencia en otros países, incluidos los países en desarrollo. No obstante, cabe alegar que la probabilidad de éxito de tal medida puede depender, al menos en cierta medida, del interés comercial que la empresa extranjera tenga en el mercado controlado por la autoridad competente y del interés que tenga esa empresa en evitar un conflicto con dicha autoridad. Así pues, para los países pequeños, en la práctica puede resultar más difícil adoptar una decisión comparable.

5. Asunto Hartford Fire Insurance Co. v. California 7/

a) Hechos

En este asunto, 19 Estados federados y muchos demandantes privados habían alegado que cuatro aseguradores directos de los Estados Unidos que vendían contratos de reaseguros a las compañías de seguros, dos asociaciones mercantiles del país, un corredor de reaseguros del país y unos reaseguradores establecidos en el Reino Unido habían violado la Ley Sherman organizando varias confabulaciones destinadas a obligar a otros aseguradores directos a modificar las cláusulas uniformes de sus pólizas comerciales de responsabilidad general para adaptarlas a las pólizas que deseaban vender los aseguradores implicados en el acuerdo. Según los demandantes, las empresas británicas implicadas habían aceptado restringir las condiciones en las que se contratarían los reaseguros y negarse a asegurar determinados riesgos, suscribir todos los convenios de reaseguro por daños en América del Norte con una cláusula de exclusión de la contaminación, y boicotear los acuerdos de retrocesión de seguros que incluyeran determinados riesgos patrimoniales en América del Norte.

b) Resolución

El Tribunal de Distrito aceptó la solicitud de sobreseimiento presentada por los demandados. El Tribunal de Apelación desestimó esta decisión, rechazando la conclusión del Tribunal de Distrito de que los demandados tenían derecho a la inmunidad en virtud de la legislación antitrust, alegando, entre otras razones, que los demandados extranjeros no gozaban de esta protección porque sus actividades no podían regularse por la legislación del Estado, como exigía la ley, y que el principio de la

cortesía internacional impedía que la Ley Sherman se aplicara a algunas demandas presentadas únicamente contra los reaseguradores del Reino Unido. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia en parte y la desestimó en parte, y acordó devolver las actuaciones.

Por lo que se refiere al argumento aducido por los demandados del Reino Unido en el sentido de que el asunto debería haberse sobreseído con arreglo a los principios de la cortesía internacional, la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaraba que "ya quedó bien establecido que la Ley Sherman se aplica a los actos extranjeros que estén destinados a producir y de hecho produzcan algunos efectos sustanciales en los Estados Unidos". La posibilidad de abstenerse de ejercer tal competencia por consideraciones de cortesía sólo debía tomarse en consideración si existía un verdadero conflicto entre la normativa de los Estados Unidos y la legislación extranjera. Este conflicto verdadero no existe en opinión de la mayoría del Tribunal cuando una persona sometida a las legislaciones de los dos países puede cumplir ambas. Los principios de cortesía sólo se aplicarían si el cumplimiento de la legislación de los Estados Unidos constituyera una violación de la normativa de otro país. La minoría discrepante del Tribunal Supremo estimó que se trataba de una resolución asombrosamente amplia que era incompatible con decisiones anteriores del Tribunal y que la interpretación de la mayoría colocaría a los Estados Unidos en situación de claro conflicto con los intereses de países extranjeros.

c) Comentario

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha resuelto este asunto fundándose en consideraciones similares a las que tuvo en cuenta la Comisión de las Comunidades Europeas en cierto número de asuntos, y permitiendo una declaración de competencia relativamente agresiva en asuntos internacionales con demandados extranjeros 8/. La línea argumental del Tribunal apoya la idea de que la aplicación forzosa de las legislaciones nacionales en materia de competencia está conforme en gran medida con el derecho internacional público. También está en consonancia con la idea de que tal aplicación, a falta de una normativa internacional vinculante y aplicable en materia de competencia, es actualmente el mejor instrumento de que se dispone para la defensa de la competencia. Las prácticas en cuestión corresponden a los criterios establecidos en el apartado c) del párrafo 3 de la sección D del Conjunto.

6. Asunto United States v. Microsoft Corp. 9/

a) Hechos

Microsoft, empresa estadounidense que es el primer productor mundial de programas informáticos, había concertado, entre otros, acuerdos de concesión de licencias "por procesador". A cambio de importantes descuentos, Microsoft había exigido a los fabricantes de ordenadores personales que pagaran un derecho de patente por cada ordenador que expidieran,

independientemente de que el ordenador incorporara un sistema operativo Microsoft. Como consecuencia de estos acuerdos, los fabricantes que se propusieran instalar un sistema operativo competidor tendrían que pagar derechos dobles. Por otra parte, Microsoft había concluido acuerdos de concesión de licencias de más de un año de duración y que, a veces, excedían del ciclo de vida de un sistema operativo. Asimismo, Microsoft había concertado acuerdos muy restrictivos de no revelación de secretos, por los que algunos programadores que preparaban la nueva versión del programa Windows de la empresa tuvieron que firmar acuerdos que les prohibían prácticamente trabajar con competidores de Microsoft.

b) Resolución

Tanto la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos como la Comisión Europea incoaron procedimientos con arreglo al artículo 1 de la Ley Sherman, por monopolización, y con el artículo 86 del Tratado de la CEE por abuso de una posición dominante en el mercado. Las autoridades de ambas jurisdicciones coordinaron sus investigaciones. En los Estados Unidos el asunto quedó resuelto por avenencia y en la Unión Europea mediante la aceptación de los compromisos contraídos por Microsoft ante la Comisión Europea. Ambas autoridades consideraron que su cooperación había resultado útil. El Fiscal General Adjunto encargado de la División Antitrust declaró que los procedimientos y la cooperación entre las dos autoridades enviaron "un mensaje enérgico en el sentido de que las autoridades antitrust de los Estados Unidos y de la Unión Europea estaban dispuestas a actuar con determinación y prontitud para poner en común sus recursos para luchar contra los comportamientos de las empresas multinacionales que violan las leyes antitrust de las dos jurisdicciones. La Comisión Europea declaró asimismo que la cooperación en este asunto "constituye un modelo importante para el futuro, ya que indica la forma en que las dos autoridades pueden aunar sus esfuerzos para hacer frente con eficacia a las grandes empresas multinacionales".

c) Comentario

Este asunto, indica, en particular, que la cooperación entre las autoridades encargadas de aplicar la normativa nacional o regional en materia de competencia puede facilitar su labor frente a las grandes y poderosas empresas que operan a escala mundial. Es evidente que las diferencias en materia de derecho sustantivo y de procedimiento no constituyen un obstáculo para dicha cooperación, en particular si ésta está basada en acuerdos bilaterales viables, como el concluido por los Estados Unidos y la Unión Europea. Asimismo, el hecho de que la empresa estuviera radicada en el territorio de una de las dos autoridades afectadas no supuso un impedimento para una cooperación eficaz.

7. Asunto de la Conferencia Marítima CEWAL 10/

a) Hechos

En el asunto de la CEWAL (Líneas Asociadas del Africa Central Occidental), al igual que en el asunto N° 1, la Comisión Europea incoó un procedimiento como consecuencia de las denuncias recibidas del Gobierno de Dinamarca y de varios armadores y llegó a la conclusión de que los miembros de esta conferencia marítima, que presta servicios de líneas regulares entre puertos de Europa occidental y puertos de Angola y Zaire, habían utilizado en el tráfico entre puertos de Europa septentrional y Zaire tres medios diferentes para eliminar la competencia de su principal competidor, G & C, servicio común que prestan un armador belga y otro italiano:

- i) Concertaron con la autoridad marítima del Zaire un acuerdo de cooperación en virtud del cual toda la carga de esta línea sería transportada por miembros de la CEWAL.
- ii) Utilizaron para ello el método del "buque de combate". Si un competidor ofrecía tarifas más baratas que las de la CEWAL, esta conferencia celebraba una reunión para tomar medidas contra el competidor, haciendo que sus miembros programaran las salidas de sus buques en la misma fecha o aproximadamente en la misma fecha que las del competidor para arrebatarse su clientela. A continuación, los miembros de la CEWAL se repartían entre sí cargos equivalentes a las pérdidas que hubiera sufrido el competidor.
- iii) La CEWAL impuso rebajas de lealtad del 100%, de tal manera que los miembros debían entregar toda su carga a la conferencia para tener derecho a una rebaja. Se establecerían listas negras con los nombres de los armadores que infringieran el sistema de la rebaja del 100%.

b) Resolución

En su decisión, la Comisión Europea sostuvo que los miembros de la CEWAL, por las prácticas antes mencionadas, habían abusado de su posición dominante en violación del artículo 86 del Tratado de la CEE, e impuso multas por un total de 10,1 millones de ECU a cuatro miembros de la CEWAL. Esta decisión es la primera que adopta la Comisión contra una conferencia marítima. La Comisión subrayó que la exención colectiva prevista para las conferencias marítimas no se aplicaba a ninguna de las prácticas abusivas.

c) Comentario

En derecho sustantivo, y también según las disposiciones del Conjunto (apartado a) del párrafo 4 de la sección D), las prácticas de que se trata parecen constituir abusos claros de una posición dominante. Además, estos abusos produjeron efectos contrarios a la competencia, no sólo en Europa, sino también en Africa. Al igual que en el asunto N° 1, el hecho de que la eliminación total de toda competencia efectiva se debiera en parte a medidas

adoptadas por el país interesado, a petición de los miembros de los comités de armadores, vuelve a plantear cuestiones más amplias en relación con la legislación y las políticas en materia de competencia. Aunque este asunto suscita la cuestión de saber cómo han de tratarse las solicitudes dirigidas a los gobiernos extranjeros para que adopten medidas en apoyo de restricciones privadas de la competencia, también indica que la aplicación de la legislación regional en materia de competencia que prevé sanciones contra el abuso de una posición dominante puede asimismo tener efectos favorables a la competencia en otros países, incluidos los países en desarrollo.

8. Asunto Pakistán/Proveedores de té 11/

a) Hechos

En el Pakistán, los principales proveedores de té eran la Lipton (Pakistan) Limited y la Brooke Bond Pakistan Limited, que representaban más del 50% del mercado. Todo el té vendido en el Pakistán es importado. Las casas matrices de ambas empresas se habían fusionado en la Unilever Plc, United Kingdom, que poseía el 75 y el 58% de la Lipton (Pakistan) Limited y de la Brooke Bond Group Limited, United Kingdom, respectivamente. Esta última, por su parte, tenía el 50% de las acciones de la Brooke Bond Pakistan Limited. A través de los años, había disminuido la parte correspondiente a las importaciones procedentes de Kenya. El precio del té importado de Kenya era muy superior a los precios del mercado internacional.

b) Resolución

La Dirección de Fiscalización de los Monopolios del Pakistán investigó la situación fundándose en la legislación nacional en materia de competencia y descubrió que los precios medios del té importado procedente de las empresas asociadas de Kenya eran superiores a los precios que se pagaban a otros vendedores en el mercado internacional. Sólo en el caso de Lipton, alrededor de una tercera parte de sus importaciones de té para determinado año procedieron de Kenya y de esa cantidad más del 90% de las compras procedían de las empresas asociadas. Las autoridades pakistaníes entablaron negociaciones con el representante de Unilever y durante ellas esta empresa ofreció, en principio, retirar uno de sus nombres comerciales del mercado y llevar a cabo algunos cambios estructurales en sus inversiones en el país. Las autoridades estimaron que esta medida reduciría la participación de Lipton en las ventas de té en el mercado. Posteriormente, Unilever redujo su participación en Unilever (Pakistan) del 50 al 40% 12/.

c) Comentario

La estructura competitiva del mercado del té en el Pakistán se caracteriza por la presencia de dos proveedores principales que representan más de la mitad de las ventas y están controlados por una sola empresa matriz. La Dirección de Fiscalización de los Monopolios del Pakistán trató el asunto como una cuestión de fijación de precios abusivos, y en un principio trató de resolver el problema mediante la eliminación de una de las dos marcas y algunos cambios estructurales. Cabe alegar que con la primera

medida se hubiera abierto la competencia por la cuota de mercado que correspondía anteriormente a esa marca, de tal manera que los pequeños competidores y la marca restante competirían por esa cuota de mercado. Ahora bien, no parece improbable que una parte considerable de esa cuota hubiera sido absorbida por la otra marca restante. Por falta de información más detallada no pueden evaluarse los efectos posibles del traspaso del 10% de las acciones a la filial local. Es posible que un medio más eficaz de abordar la situación hubiera consistido en controlar la fusión. Por lo que respecta al mercado del té en el Pakistán, la prohibición de la fusión hubiera obligado a Unilever a vender una de las dos filiales en el Pakistán a un comprador independiente. La viabilidad de este enfoque quedó de manifiesto, por ejemplo, en el asunto Philip Morris/Rothmans en Alemania, en el que al final la fusión internacional quedó limitada a una transacción, por lo que respecta a la parte alemana, que ya no reunía los requisitos de una fusión con arreglo a la Ley alemana en materia de competencia 13/. A este caso se le pueden aplicar las disposiciones de los apartados b) o c) del párrafo 4 de la sección D y de la sección F del Conjunto.

9. Asunto MAN Aktiengesellschaft/Sulzer Aktiengesellschaft 14/

a) Hechos

La empresa alemana MAN Aktiengesellschaft, que produce, entre otras cosas, maquinaria y vehículos comerciales, con ventas que ascendieron a 15.000 millones de marcos alemanes en 1988, y que ocupaba el puesto N° 81 en la lista de la revista Fortune de las 100 empresas más importantes de ese año, se proponía adquirir las actividades mundiales de fabricación de motores diesel de la Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft, poco antes de que esta última fuera reorganizada y se convirtiera en la MBS Dieselmotoren - Sulzer Diesel-AG, empresa suiza con ventas de unos 4.600 millones de francos suizos en 1988. Había un mercado competitivamente pertinente para grandes motores diesel de dos tiempos (más de 500 kw) para grandes buques mercantes. Las dos empresas, que contaban con fabricantes con licencia en todo el mundo, suministraban al mercado alemán estos motores que se compraban principalmente a concesionarios del Asia oriental. En Alemania, la fusión hubiera significado que la empresa se convirtiera en el único suministrador de estos motores. En el mercado mundial la cuota de la MAN era del 52,8%, la de Sulzer del 37,9% y la de Mitsubishi (que producía con licencias MAN y Sulzer y no suministraba a los mercados europeos en virtud de los acuerdos pertinentes de concesión de licencias) del 9,3%.

b) Resolución

En agosto de 1989, la Oficina Federal de Cárteles de Alemania prohibió la fusión en virtud de la primera frase del párrafo 2 del artículo 24 de la Ley contra las restricciones de la competencia, conjuntamente con la primera frase del párrafo 2 del artículo 98 de dicha Ley, porque hubiera dado lugar a una posición dominante en el mercado pertinente del producto. El Ministro Federal de Economía rechazó una solicitud de los participantes para que se

les concediera una autorización especial, en virtud del párrafo 3 del artículo 24 de la citada Ley, para llevar a cabo la fusión; esta decisión había sido recomendada por la Comisión de Monopolios en un informe especial sobre el proyecto.

c) Comentario

Con arreglo al derecho sustantivo alemán, la fusión propuesta era claramente contraria a la competencia. Asimismo, parece evidente que, en vista de la red mundial de acuerdos de concesión de licencias controlados por la MAN y la Sulzer, dicha fusión hubiera tenido efectos anticompetitivos en muchos países, incluidos los países en desarrollo. Esto demuestra que la aplicación de un control nacional eficaz en los casos de fusiones internacionales puede llevarse a cabo con éxito si una por lo menos de las empresas participantes está radicada en el territorio del país que adopta las medidas de aplicación. Asimismo indica que el control de las fusiones en el plano internacional también tenderá con frecuencia a proteger la competencia en otros países. Este proyecto de fusión parece corresponder a los criterios definidos en el apartado c) del párrafo 4 de la Sección D del Conjunto.

10. Asunto Gillette/Wilkinson 15/

a) Hechos

En la primavera de 1990, la empresa estadounidense Gillette adquirió el 100% de la Wilkinson Sword, empresa del Reino Unido, con exclusión de las actividades con base en la Unión Europea y los Estados Unidos. Debido a las normas de control de fusiones en la Unión Europea y los Estados Unidos, Gillette sólo había adquirido anteriormente el 22,9% de la participación sin derecho de voto en el capital de la Eemland Holding N.V., empresa neerlandesa que era el accionista único de la Wilkinson Sword Europe, si bien había concertado acuerdos adicionales que preveían una influencia competitivamente importante en la Eemland y, por consiguiente, en la Wilkinson Sword Europe. Gillette y Wilkinson son los dos primeros fabricantes mundiales de productos de afeitado, incluidas las hojas y máquinas de afeitado, que son el mercado pertinente tal como lo definieron todas las autoridades interesadas. Aunque las cuotas de mercado de las dos empresas variaban según el país, ocupaban las dos primeras posiciones en la mayoría de los mercados geográficos pertinentes. En muchos países de Europa occidental, Gillette y Wilkinson representaban una cuota combinada de mercado de un 90%. En marzo de 1993, Eemland vendió Wilkinson Sword a la Warner Lambert y retransfirió las marcas de fábrica y los negocios en varios países no miembros de la Unión Europea.

b) Resolución 16/

Las transacciones descritas dieron lugar a la incoación de un procedimiento por restricción de la competencia en 14 jurisdicciones. Por lo que respecta a la transacción europea, afectaba a la Comisión Europea, Alemania, España, Francia, Irlanda y el Reino Unido. En cuanto a la

transacción fuera de la Unión Europea, intervinieron las autoridades de Australia, el Brasil, el Canadá, los Estados Unidos, Nueva Zelandia, la República de Sudáfrica, Suecia y Suiza.

En la Unión Europea, la Comisión trató el asunto con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado de la CEE, ya que el asunto era anterior a la entrada en vigor del control de fusiones en Europa. Con arreglo al artículo 86 de dicho Tratado, la Comisión estimó que la transacción constituía un abuso de posición dominante en el mercado y ordenó que Gillette vendiera sus acciones de la Eemland y su participación en la deuda de esta empresa. Además, la Comisión estimó que los acuerdos relativos a la separación geográfica de la marca Wilkinson entre la Comunidad y los países vecinos constituían una violación del párrafo 1 del artículo 85 del Tratado de la CEE.

En Francia, el asunto se trató con arreglo a la ley de fusiones y fue objeto, en marzo de 1993, de un decreto del Ministerio de Economía, Finanzas y Presupuesto, a raíz de las investigaciones efectuadas por el Consejo de la Competencia, por el que se prohibió a Gillette influir en la distribución de productos de afeitado Wilkinson en Francia. Al igual que en otros países, se retiraron los recursos interpuestos cuando Gillette vendió su participación en la Wilkinson Sword de Eemland en marzo de 1993.

En Alemania, la Oficina Federal de Cárteles prohibió la adquisición por Gillette del 22,9% de la participación sin derecho de voto en Eemland, así como los acuerdos adicionales, porque esta transacción constituía una fusión por la adquisición de una influencia competitivamente importante en Wilkinson, lo que hubiera dado lugar a una posición dominante en el mercado muy parecida a un monopolio. También fueron retirados los recursos cuando Gillette vendió su participación en la Wilkinson Sword de la Eemland en marzo de 1993.

En Irlanda, la Comisión del Comercio Leal llegó a la conclusión de que la transacción europea no constituía una fusión en el sentido de la ley irlandesa sobre la materia y puso término al procedimiento.

En España, el asunto fue investigado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, a raíz de una denuncia de la filial española de Warner Lambert, por posible abuso de una posición dominante en el mercado. El citado tribunal llegó a la conclusión de que Gillette tenía una posición dominante, pero que la transacción no constituía un abuso, por lo que dio por terminada la investigación.

En el Reino Unido, la transacción europea fue investigada, con arreglo a la Ley de control de fusiones y monopolios, por la Oficina de Comercio Leal y la Comisión de Fusiones y Monopolios. Las investigaciones se dieron por terminadas cuando Gillette vendió su participación en la Wilkinson Sword de Eemland en marzo de 1993.

En Australia, la Comisión de Prácticas Comerciales incoó procedimiento contra Gillette, acusándola de violación del artículo 50 de la Ley de prácticas comerciales. Cuando Gillette interpuso un recurso, el Tribunal Federal de Australia estimó que la Comisión había demostrado, salvo prueba en contrario, que la adquisición violaba esa disposición.

En el Brasil, las investigaciones terminaron con la aprobación de la adquisición por Gillette de la empresa Wilkinson Sword en ese país.

En el Canadá, la Oficina de Política de la Competencia aceptó el compromiso de Gillette de que no absorbería la empresa Wilkinson Sword mientras la Oficina realizara su investigación. La Oficina dio por terminada la investigación cuando Gillette transfirió los negocios canadienses de la Wilkinson Sword a la Wilkinson Sword GmbH, filial de la Eemland, adquirida por Warmer Lambert en marzo de 1993.

En Nueva Zelandia, la Comisión de Comercio aprobó la proyectada adquisición por Gillette (New Zealand) del negocio de artículos de afeitado de la Wilkinson Sword en el país.

En la República de Sudáfrica, la Junta de la Competencia investigó la transacción pero no adoptó ninguna decisión, porque los intereses de la Wilkinson Sword en el país seguían siendo propiedad de una empresa sudafricana.

En Suecia, la investigación realizada por el Ombudsman de la Competencia llegó a la conclusión de que los efectos de la transacción en el mercado sueco eran mínimos y no había lugar a dictar una orden de prohibición.

En Suiza, la Comisión de Cárteles cerró las investigaciones en febrero de 1991, por considerar que la adquisición por Gillette de los negocios de la Wilkinson Sword en Suiza no tenía efectos sociales o comerciales negativos en el país y no había pruebas de que Gillette estaba tratando de imponer ningún tipo de restricción a la competencia.

En los Estados Unidos, la División Antitrust del Departamento de Justicia incoó un procedimiento para prohibir la transacción por considerar que constituía una concentración que violaba el artículo 7 de la Ley Clayton al reducir sustancialmente la competencia en el mercado de artículos de afeitado. Posteriormente, el asunto quedó resuelto por avenencia tras la rescisión del contrato de adquisición y la aceptación por Gillette de ciertas obligaciones contenidas en el acuerdo de avenencia con respecto a su influencia en la empresa Wilkinson Sword de Eemland.

La cooperación entre la mayoría de los países que investigaron la transacción se ha producido en varias ocasiones, en distintos niveles y en grados diversos. Por regla general, se consideró que la cooperación había sido útil, si bien algunos países lamentaron que no se pudiera suministrar ninguna información confidencial en este contexto.

c) Comentario

Este asunto ilustra muy bien los problemas que pueden plantearse en los asuntos internacionales cuando pueden tener efectos anticompetitivos en muchos países y, por consiguiente, dar lugar a otros tantos procedimientos en materia de competencia según diferentes legislaciones. Para las empresas implicadas y las administraciones interesadas, estos casos pueden entrañar una operación sumamente costosa en recursos humanos y financieros. Es evidente que estos problemas no se plantearían si estos asuntos pudieran tratarse con arreglo a una sola legislación y ante una sola autoridad. Como no existe tal legislación ni tal autoridad, parece que una estrecha cooperación entre las autoridades competentes es de interés tanto para las empresas participantes como para las autoridades de defensa de la competencia. De hecho, esta cooperación ya se ha establecido, al menos en cierta medida, con arreglo a la Recomendación de la OCDE sobre cooperación en casos de competencia y los acuerdos bilaterales de cooperación vigentes entre algunos Estados miembros de la OCDE. Este asunto de fusión parece corresponder a los criterios mencionados en el apartado c) del párrafo 4 de la sección D del Conjunto.

11. Asunto Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison 17/

a) Hechos

La empresa alemana Zahnradfabrik Friedrichshafen, que produce, entre otras cosas, cajas de cambio automáticas para camiones y autocarro de más de seis toneladas y cajas de cambio asistidas para vehículos de construcción, se proponía adquirir la División de Cajas de Cambio Allison de la empresa estadounidense General Motors. En el mercado alemán de cajas de cambio automáticas, la Zahnradfabrik Friedrichshafen ocupaba una posición destacada, correspondiéndole alrededor del 55% del mercado, seguida por Allison con una cuota de mercado del 25%. En el mercado europeo, la cuota combinada de las dos empresas hubiera representado más del 75% del mercado. En el mercado de cajas de cambio asistidas para vehículos de construcción, las cuotas de mercado eran aún más elevadas.

b) Resolución

Los órganos encargados de la competencia en los Estados Unidos y Alemania estimaron que la proyectada fusión sería contraria a la competencia en virtud del artículo 7 de la Ley Clayton y del párrafo 1 del artículo 24 de la Ley contra las restricciones de la competencia. En su evaluación, la Oficina Federal de Cárteles de Alemania sostuvo que la fusión hubiera reforzado unas posiciones dominantes ya existentes en Alemania en los dos mercados pertinentes. Sostuvo asimismo que hubiera creado una empresa que se hubiera colocado muy por delante de sus competidores en el mercado mundial debido a la gama de productos que podía ofrecer, a su competencia técnica y a la densidad de su red de servicio y distribución. Ambos órganos se opusieron al proyecto de fusión en virtud de la legislación nacional de cada país.

Los participantes retiraron el proyecto después de que la Oficina Federal de Cárteles de Alemania hubiera dictado una orden formal de prohibición, pero antes de que la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos hubiera adoptado una decisión final.

c) Comentario

Al igual que el asunto N° 10, este asunto pone de manifiesto que las fusiones internacionales originan a menudo problemas de competencia en más de un país y que, por consiguiente, la cooperación entre las autoridades competentes de los países interesados puede ser de interés tanto para esas autoridades como para las empresas participantes, ya que tal cooperación puede reducir el riesgo de imponer decisiones y condiciones contradictorias a las empresas. Para las autoridades interesadas, esta cooperación puede llevar a una comprensión más completa y realista de la transacción de que se trate, aunque sólo parte de la información recibida mediante esta cooperación pueda ser jurídicamente pertinente en virtud de la legislación nacional. A este proyecto de fusión parece aplicarse el párrafo 4 de la sección D del Conjunto.

II. CONCLUSIONES

Los asuntos que se han descrito y comentado brevemente en la primera parte plantean algunas importantes cuestiones de fondo y de procedimiento en relación con las prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito internacional.

1. Una aplicación enérgica de la legislación nacional o regional en materia de competencia, como se indica en el párrafo 1 de la sección E del Conjunto, puede de por sí tener efectos positivos sobre la competencia, no sólo en el territorio del órgano encargado de aplicar esa legislación, sino también en otros países, incluidos los países en desarrollo, y a veces hasta en el mundo entero. Los efectos secundarios que puede tener en otros países, que corresponden a los objetivos enunciados en el párrafo 4 de la sección E del Conjunto, quedan reflejados especialmente en los asuntos 1, 7, 9 y 11. Es de señalar que los efectos beneficiosos se concretan más claramente en los casos que implican restricciones horizontales de la competencia mediante acuerdo o fusión. No parece discutirse el impacto negativo de las restricciones horizontales de la competencia en el ámbito internacional, especialmente los acuerdos manifiestos como la fijación de precios, la repartición del mercado y la manipulación de las licitaciones, a los que se hace referencia en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto, y, por ende, la conveniencia de perseguir enérgicamente estas infracciones con arreglo a las leyes nacionales o regionales. En la actualidad ésta es probablemente la única esfera concreta sobre la que exista un consenso en materia de competencia, a saber, que las restricciones horizontales manifiestas son el centro de las preocupaciones en la materia 18/ y deberían eliminarse en la mayor medida posible. Este consenso queda reflejado en una fuerte tendencia de alcance mundial hacia la adopción y reforma de las leyes sobre la competencia a fin

de que también se puedan adoptar medidas legales en los países en desarrollo y en los países de Europa central y oriental en transición hacia una verdadera economía de mercado.

Aunque parece que se está produciendo un proceso de convergencia, persisten en muchas esferas diferencias bastante apreciables respecto de la doctrina y la normativa aplicables. Hasta la fecha no se ha llegado a ningún consenso acerca de lo que debe ser una ley de competencia completa y óptima, por ejemplo en esferas como las restricciones verticales, el control de las fusiones y el control de los abusos cometidos por empresas dominantes. En estos campos, las doctrinas y leyes básicas no sólo siguen difiriendo considerablemente de un país a otro, sino que también difieren en el tiempo dentro de los propios países. Esto queda de manifiesto, por ejemplo, si se comparan las políticas de aplicación en los Estados Unidos en materia de restricciones verticales y control de fusiones a finales de los años setenta y en la actualidad. En vista de ello parece ser grande el riesgo de que todo intento, aunque tenga éxito, de formulación de una ley completa daría por resultado un texto transaccional de carácter impreciso. Por consiguiente, esa clase de ley no aportaría una base práctica para su aplicación. Además, un conjunto completo y suficientemente preciso de normas sobre competencia, aunque fuera realizable, podría resultar demasiado rígido para responder a las diferentes situaciones económicas y de competencia en las que pueden encontrarse actualmente los países. Esta observación puede ser aún más pertinente en el caso de los países en desarrollo y de los países en transición que están experimentando cambios de gran alcance.

No parecen existir diferencias notables de trato jurídico ni cambios de legislación o de política de aplicación en la forma en que se abordan las restricciones manifiestas entre competidores en cualquiera de los países que cuentan con una larga experiencia en materia de aplicación de la legislación sobre competencia, aunque existan diferencias en las sanciones impuestas. En vista de ello, tal vez merezca la pena tomar en consideración una iniciativa más modesta que consiste en un acuerdo internacional vinculante para prohibir las restricciones horizontales manifiestas, que son el único tipo de restricciones privadas de la competencia que se consideran casi de modo universal como sumamente perjudiciales para el comercio internacional y el desarrollo. Dicho acuerdo prohibiría todos los convenios y prácticas concertadas entre empresas competidoras para fijar los precios, repartir la clientela o el territorio, asignar cuotas o manipular las licitaciones. Se podría formular en términos relativamente claros y precisos, evitándose así el lenguaje general y ambiguo -a veces hasta contradictorio- de los instrumentos más generales.

Aunque una disuasión vigorosa de los acuerdos horizontales manifiestos entre competidores mediante la aplicación de las legislaciones nacionales y regionales sobre competencia puede seguir siendo el medio más importante para proteger la competencia en el ámbito internacional, este acuerdo internacional limitado pero vinculante podría beneficiar a los países de distintas maneras. Ante todo, ayudaría a los países más pequeños, en particular a los países en desarrollo, con una experiencia limitada o nula en materia de aplicación de las leyes sobre competencia; estos países, por los

escasos recursos de que disponen, por sus mercados relativamente pequeños, por las posibles lagunas en su marco de política en materia de competencia y por su débil posición negociadora frente a las empresas transnacionales, están a menudo menos capacitados para resolver sus problemas de competencia por la sola aplicación enérgica de la normativa nacional. La aplicación eficaz de la legislación nacional en materia de competencia depende no solamente de una reglamentación adecuada, que sin duda es indispensable pero no es un requisito previo en todas las circunstancias, sino también del interés que tienen las empresas transnacionales en el mercado del país de que se trate. No habrá pasado inadvertido que los asuntos internacionales resueltos con éxito, citados más arriba, fueron tratados todos por autoridades de países desarrollados, mientras que los dos asuntos estudiados en los que se alcanzaron soluciones poco satisfactorias se dieron en países en desarrollo. Un acuerdo internacional vinculante que prohíba las restricciones horizontales manifiestas de la competencia podría facilitar el establecimiento de la jurisdicción de un país que es el blanco de un cártel internacional y, al propio tiempo, lograr que los demás países se muestren más dispuestos a prestar asistencia a ese país en sus procedimientos cooperando, por ejemplo, en las investigaciones. Así, algunas de las dificultades con que tropezó la Dirección de Fiscalización de los Monopolios en el Pakistán en el asunto de la hojalata electrolítica (asunto N° 3) podría haberse eliminado o, cuando menos, mitigado mediante ese acuerdo.

Otra ventaja de un acuerdo internacional para prohibir las restricciones manifiestas entre competidores sería que, una vez aplicado con éxito, podría servir de base para iniciativas más ambiciosas encaminadas a crear progresivamente un derecho internacional sustantivo y general en materia de competencia. Además, podría alentar a los países a revocar las exenciones concedidas a los cárteles de importación y exportación en virtud de sus leyes nacionales, exenciones que son incompatibles con los principios de la competencia generalmente aceptados, y con ello podría facilitar la eliminación de las tradicionales políticas de egoísmo nacional que siguen muy difundidas en materia de competencia. La revocación multilateral de las exenciones en favor de los cárteles de exportación e importación y la inclusión de estas restricciones en un acuerdo internacionalmente vinculante que prohíba los acuerdos horizontales manifiestos no excluirían la cooperación en aquellas esferas de las actividades de importación y exportación en las que dicha cooperación no afecta desfavorablemente a la competencia o se presta a otra exención normal en virtud de la legislación nacional o regional, por ejemplo en relación con las pequeñas y medianas empresas.

2. Los asuntos relativos a las conferencias marítimas europeas (asuntos 1 y 7) y el asunto relativo a la Hartford Fire Insurance (asunto 5) plantean nuevas cuestiones de fondo. En primer lugar, el hecho de que unas medidas adoptadas por los poderes públicos formaran parte integrante de algunas de las restricciones en cuestión en los asuntos relativos a las conferencias marítimas, y de que se descubriera que estas medidas tenían que haber causado efectos contrarios a la competencia en el comercio de algunos países africanos, confirma la experiencia general de que las políticas de competencia en un sentido estricto no garantizan mercados competitivos ni

unos resultados económicos óptimos. Aunque las medidas gubernamentales no son objeto del Conjunto, ni son objeto en general de la normativa nacional o regional en materia de competencia (una excepción importante es la ley de la Unión Europea que autoriza la adopción de medidas contra actuaciones gubernamentales calificadas de "ayudas otorgadas por los Estados" en el sentido de los artículos 92 y siguientes del Tratado de la CEE, que así incorpora estas medidas en la legislación de la Unión Europea en materia de competencia), tanto los países desarrollados como los países en desarrollo deben ser conscientes de que todas las demás políticas deben, en la medida de lo posible, ajustarse a los principios básicos de una economía de mercado si se quiere lograr todos los beneficios de un sistema competitivo, y que las restricciones públicas de la competencia pueden causar tantos daños como las restricciones privadas. Las restricciones de la competencia sólo deberían permitirse cuando fueran indispensables para alcanzar unos objetivos de política pública claramente superiores como son la protección de la vida humana y de la salud, del medio ambiente o de la seguridad nacional, y sólo en la medida necesaria en cada caso. En segundo lugar, en los asuntos relativos a las conferencias marítimas europeas las medidas gubernamentales no previstas como tales en las leyes nacionales sobre competencia ni en el Conjunto fueron solicitadas por participantes privados ajenos a las autoridades que las adoptaron. No parece que existan normas internacionalmente reconocidas para tratar las solicitudes dirigidas a los gobiernos extranjeros para que adopten medidas de apoyo a las restricciones privadas a la competencia. La posición de la Comisión Europea en este asunto se fundó claramente en el supuesto de que la inmunidad solicitada por las partes privadas respecto de las medidas gubernamentales extranjeras no impidió que esas partes fueran procesadas precisamente por haberlo solicitado y por las actividades de aplicación de dichas medidas. Ahora bien, no está claro si otras jurisdicciones, por ejemplo la de los Estados Unidos, hubieran tratado esta situación de la misma manera. Según las Directrices antitrust para las operaciones internacionales 19/, las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia se proponen aplicar también la doctrina Noerr-Pennington 20/ a las solicitudes dirigidas a entidades públicas extranjeras. Según esta doctrina, la Ley Sherman no se aplicará a los esfuerzos que se realicen para lograr la adopción de medidas por autoridades públicas de los Estados Unidos o influir en la adopción de dichas medidas, aunque dichos esfuerzos tengan por finalidad o efecto restringir o monopolizar la competencia. Es evidente que la aplicación de pautas diferentes para tratar las solicitudes dirigidas a gobiernos extranjeros puede distorsionar la competencia, perjudicar a unos competidores frente a otros y menoscabar el deseo de las autoridades encargadas de la competencia de cooperar en los asuntos internacionales en que participen autoridades extranjeras que no apliquen las mismas pautas. Por estas razones, podría examinarse más a fondo esta cuestión.

El asunto de la Hartford Fire Insurance (Nº 5) plantea ciertas cuestiones en relación con los criterios que han de aplicarse en materia de cortesía internacional para recomendar cierta moderación y reserva en el ejercicio de la jurisdicción en los asuntos internacionales con respecto a demandados extranjeros cuando tal jurisdicción se haya establecido con arreglo a la "doctrina de los efectos", que es generalmente pero no universalmente,

aceptada. La mayoría del Tribunal estableció una estrecha línea divisoria al declarar que una condición previa para las consideraciones de cortesía era que existiera un conflicto verdadero entre la legislación nacional y la extranjera y que este conflicto no existía cuando una persona sujeta a las reglamentaciones de los dos países podía cumplir ambas reglamentaciones. Aunque la decisión del Tribunal coincidía con decisiones anteriores de la Comisión Europea, ha sido criticada, entre otras, por la minoría del Tribunal por no tomar bastante en consideración la cortesía internacional, por ser demasiado perentoria y por crear un riesgo de futuros conflictos internacionales. Por una parte, la adopción del enfoque propugnado por el Tribunal y la Comisión Europea parecería beneficiar una aplicación eficaz de la legislación nacional y regional, reforzando así el medio actual más eficaz de proteger también la competencia en los asuntos internacionales. Por otra, algunos países pueden sentirse remisos a aplicar los mismos criterios, de manera que, al igual que en el caso de las solicitudes dirigidas a gobiernos extranjeros, los competidores podrían encontrarse en desventaja frente a otros y las autoridades encargadas de la competencia podrían sentirse disuadidas de cooperar con los correspondientes órganos extranjeros. La ausencia de normas internacionalmente aceptadas tal vez justifique también un estudio más a fondo de la cuestión.

3. Como queda de manifiesto especialmente en los asuntos 3, 8 y 10, la aplicación enérgica de la legislación nacional o regional tropieza a menudo con dificultades relacionadas con la información y las pruebas disponibles. El asunto N° 10 en particular indica la carga considerable que han de soportar las empresas en unos casos complejos de fusión internacional al tener que aplicar a veces normas formales y sustantivas muy divergentes en virtud de legislaciones diferentes que pretenden tener competencia en la misma transacción, así como las dificultades con que tropiezan las autoridades y tribunales de aplicación para establecer en un plazo razonable una imagen realista de la transacción que han de evaluar.

Del asunto N° 3 se desprende que, cuando la información pertinente se encuentra fuera del país, las autoridades de defensa de la competencia pueden ser disuadidas de perseguir una presunta violación aun cuando existan fuertes pruebas circunstanciales de que se ha quebrantado la ley. Los instrumentos multilaterales, tales como la Recomendación de la OCDE sobre cooperación y el Convenio de La Haya sobre pruebas, han tenido al parecer una utilidad limitada para resolver estos problemas. El Convenio de La Haya, en particular, no agiliza los procedimientos, no se aplica a casos penales y no ha sido utilizado en asuntos de competencia por las principales jurisdicciones, como los Estados Unidos y la Unión Europea. Las disposiciones del Conjunto relativas a las posibilidades de suministrar, obtener y transmitir información sobre prácticas restrictivas de la competencia no parecen haber desempeñado ningún papel en ninguno de los asuntos citados. El Conjunto contiene cierto número de cláusulas referentes a los distintos aspectos del suministro y obtención de información útil o necesaria para la formulación y aplicación efectiva de la legislación sobre competencia 21/. En varias ocasiones, diferentes grupos de países han expresado su descontento con la aplicación de las disposiciones operacionales pertinentes del Conjunto. Las razones de esta aplicación insuficiente pueden

ser múltiples, si bien su importancia relativa dista de ser clara. Uno de los motivos principales de la ineficacia relativa de algunas normas pueden ser las diferencias aún considerables en las doctrinas básicas sobre la competencia, si bien otro de estos motivos puede ser el hecho de que las normas sean generales y no específicas. De ahí que merezca un estudio detenido la propuesta encaminada a examinar unos instrumentos de cooperación más precisos y más ambiciosos en relación con determinadas prácticas restrictivas del comercio, especialmente los cárteles manifiestos.

Es evidente que se necesita una cooperación más estrecha en forma de fortalecimiento del intercambio de información y de las consultas, así como de la cooperación en materia de aplicación, en los planos bilateral, regional y multilateral, de muchos aspectos de la legislación y política en materia de competencia. Así queda de manifiesto en los asuntos citados anteriormente y en el hecho de que en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de acuerdos bilaterales de cooperación. Asimismo, se comprende cada vez más que el intercambio de información y la asistencia mutua pueden mejorar notablemente la situación tanto para las autoridades de defensa de la competencia como para las empresas. Con frecuencia la cooperación podría ayudar a las autoridades competentes a aplicar su legislación nacional o regional al facilitar y acelerar la reunión de información pertinente. Al propio tiempo, esta cooperación reduciría la carga que recae en las empresas en forma de costos y de tiempo que ha de dedicar su personal directivo a estas cuestiones. En algunos asuntos internacionales, las empresas tienen que tratar con dos o más jurisdicciones y a veces, como en el asunto N° 10, con muchas de ellas. La cooperación podría ayudar a evitar la duplicación de esfuerzos por parte de las autoridades y de las empresas. Los datos reunidos por una autoridad podrían resultar útiles para otra, aun cuando no intervengan cuestiones de confidencialidad. Ahora bien, puede aducirse que en la nueva era de la internacionalización, para seguir actuando con eficacia los países necesitan ponerse de acuerdo para compartir la información confidencial, sin perjuicio de las normas que protejan efectivamente los intereses legítimos de la comunidad comercial, según se estipula en el párrafo 5 de la sección E del Conjunto.

4. Aunque algunos aspectos mencionados anteriormente tienen validez en muchos campos de la legislación en materia de competencia o tal vez en todos ellos, la posibilidad de realizar progresos rápidos, simultáneos y prácticos en todas las esferas posibles de cooperación parece casi tan improbable como la de realizar progresos simultáneos sobre las normas sustantivas. Esto no quiere decir que las mejoras en la intensificación de la cooperación en materia de control de fusiones y otras esferas dependerían necesariamente de la convergencia del derecho sustantivo en estas esferas; las diferencias que subsisten parecerían requerir un enfoque diferenciado. Un acuerdo de cooperación parece alcanzable en la esfera de los cárteles horizontales manifiestos entre competidores. Como se reconoce en general que deben eliminarse los cárteles de fijación de precios, repartición del mercado y licitaciones colusorias, es probable que el deseo de cooperar sea mayor en esta esfera que en cualquier otro campo de la normativa sobre competencia. Si pudieran proscribirse, en particular, estas restricciones mediante un acuerdo internacional vinculante, como se sugirió anteriormente, sería aun mayor el deseo de cooperar plenamente en esta esfera. Por otra parte, antes de iniciar un proceso de formulación de normas sustantivas más precisas en

otros campos, sería útil, por ejemplo en la esfera del control de las fusiones, en el que el asunto N° 10 es particularmente aleccionador, que cada autoridad de defensa de la competencia que investigara un asunto internacional notificara la información pertinente a todas las demás autoridades de las que sepa o tenga entendido están investigando o podrían investigar la misma transacción o parte de ella. Esa información podría dar lugar, a continuación, a la transmisión de informaciones útiles públicamente disponibles a los homólogos extranjeros de una autoridad de investigación e incluso, cuando sea posible, a la prestación de asistencia para la obtención de dicha información. En principio, esta intensificación de la cooperación internacional también podría preverse con respecto a las restricciones verticales que siguen recibiendo un trato diferente en muchas legislaciones, y al control de los abusos cometidos por las empresas que dominan el mercado, ya que en estos casos resulta con frecuencia sumamente difícil distinguir entre una conducta favorable a la competencia y una conducta abusiva incluso dentro de una sola jurisdicción, y las doctrinas aplicadas en la materia difieren aun más según los países. También convendría seguir examinando la cuestión de la revisión de las disposiciones del Conjunto sobre el intercambio de información y la cooperación internacional con miras a diferenciar los distintos tipos de restricciones y a formular las disposiciones con más precisión.

1/ Comisión de las Comunidades Europeas, decisión de 1° de abril de 1992, véase el Diario Oficial, 1992, L 134/1, y Comisión de las Comunidades Europeas, XXII Informe sobre política de competencia, 1992, pág. 98 y ss.

2/ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, distrito de Massachusetts, asunto criminal N° 94-10176 NMG 15 U.S.C., párr. 1 (14 de julio de 1994).

3/ Tribunal Federal del Canadá (Sala de lo Criminal) T-1643-94 (12 de julio de 1994).

4/ En un comunicado de prensa de fecha 20 de febrero de 1995, el Director de Investigación de la Oficina canadiense de Política de la Competencia declaró explícitamente que "el éxito de la primera etapa de este asunto pone de manifiesto, en la nueva economía mundial, cómo la cooperación entre los organismos de defensa de la competencia es indispensable para garantizar una enérgica aplicación de la legislación en la materia".

5/ "Licitaciones colusorias" (UNCTAD, TD/B/RBP/12/Rev.2, párr. 89 y ss.), basado en información facilitada por el Gobierno del Pakistán.

6/ United States v. Pilkington PLC, 59 Fed. Rg. 30604 (14 de junio de 1994).

7/ 113 S. Ct. 2891. CCH Trade Cases § 70,280 (28 de junio de 1993).

8/ Véase Joseph P. Griffin, "EC and U.S. Extraterritoriality: Activism and Cooperation", en Fordham Corporate Law Institute, 1993, págs. 43 y ss.

9/ Véase United States v. Microsoft Corp., N° 94-1564 LFO, 15 de julio de 1994, y Antitrust and Trade Regulation Report de 21 de julio de 1994.

10/ Comisión de las Comunidades Europeas, decisión de 23 de diciembre de 1992, véase Diario Oficial 1993, L 34/20, y Comisión de las Comunidades Europeas, XXIII informe sobre política de competencia 1992, págs. 100 y ss.

11/ Véase "Corporate behaviour in restraint of trade in goods and services in Pakistan", informe preparado para la secretaría de la UNCTAD por el consultor A. Riaz (UNCTAD/ITP/66), diciembre de 1991.

12/ Véase "Annual Report of the Monopolies Control Authority", Islamabad, 1991.

13/ Véase Oficina Federal de Cártels, informe sobre las actividades realizadas en los años 1983/1984, págs. 94 y ss., e informe sobre las actividades realizadas en los años 1985/1986, pág. 83.

14/ Véase Oficina Federal de Cártels, Informe sobre las actividades realizadas en los años 1989/1990, págs. 65 y ss.; véase también el informe especial de la Comisión Alemana de Monopolios, Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft, 1991.

15/ Véase Oficina Federal de Cártels, informe sobre las actividades realizadas en los años 1991/1992, pág. 95.

16/ Para una descripción completa de las decisiones adoptadas en las distintas jurisdicciones, véase OCDE, "Merger Cases in the Real World - A Study of Merger Control Procedures", 1994, págs. 66 y ss.

17/ Véase Oficina General de Cártels, informe sobre las actividades realizadas en los años 1993/1994, pág. 237. Véase también Wirtschaft und Wettbewerb (1993) WuW/E BKartA 2512 y ss.

18/ OCDE, "Interim Report on Convergence in Competition Policies", junio de 1994. En el párrafo 25 del anexo, por ejemplo, se indica que "existe un fuerte consenso sobre los cártels manifiestos, tales como la fijación de precios, las restricciones a la producción, la repartición del mercado y de la clientela y la manipulación de las licitaciones, que están radicalmente prohibidos en casi todos los países miembros de la OCDE".

19/ Dictadas por el Departamento de Justicia y la División Federal de Comercio de los Estados Unidos, abril de 1995, en 3.34, págs. 27 y ss.

20/ Véase Eastern R. R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961); United Mine Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

21/ Véanse, en particular, el párrafo 3 de la sección C, el párrafo 2 de la sección D y los párrafos 5 a 9 de la sección E del Conjunto.
