



Sistema Económico
Latinoamericano y del Caribe
Latin American and Caribbean
Economic System

Sistema Económico
Latino-Americano e do Caribe
Système Economique
Latinoaméricain et Caribéen

Revisión de la experiencia en la cooperación para acatar la ley de competencia, incluida la cooperación regional

*I Reunión de Grupo Trabajo sobre Comercio y Competencia de América Latina y el Caribe
Bogotá, Colombia
4 y 5 de julio 2011
SP- UNCTAD- IRGTCCALC – DI No.4-11*

Copyright © UNCTAD, julio de 2011. Todos los derechos reservados.
Impreso en la Secretaría Permanente del SELA, Caracas,
Venezuela.

La autorización para reproducir total o parcialmente este documento debe solicitarse a la oficina de la UNCTAD unctad@unctad.org. Los Estados Miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir este documento sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a esta Secretaría de tal reproducción.



Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe
Latin American and Caribbean Economic System
Sistema Económico Latino-Americano e do Caribe
Système Economique Latinoaméricain et Caribéen



GRUPO DE TRABAJO SOBRE COMERCIO Y COMPETENCIA DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE

I Reunión, 4-5 de julio de 2011, Bogotá, Colombia

Revisión de la experiencia en la cooperación para acatar la ley de competencia, incluida la cooperación regional

Reseña

El aceleramiento de la globalización en las últimas décadas ha expandido el ámbito geográfico de acción de la competencia. En muchos mercados, empresas extranjeras son capaces de competir en otros países, lo que amplía el alcance de las conductas anticompetitivas con efectos que traspasan las fronteras. Por lo tanto, no basta con un enfoque netamente nacional en la política antimonopolio. La comunidad internacional ha intentado y probado diversos enfoques con miras a cooperar eficazmente y solucionar los problemas de conductas anticompetitivas con una dimensión global. Últimamente han existido avances significativos particularmente entre los países desarrollados en relación con la cooperación en determinados casos en la investigación de cárteles internacionales y en la revisión de concentraciones transnacionales.

El presente trabajo examina la experiencia obtenida hasta la fecha en la cooperación para acatar la legislación de competencia, a la vez que resalta los enfoques que se han tomado para profundizar esta cooperación y compartir información, asimismo las mejores prácticas, todo ello con el objeto de investigar efectivamente las actividades que repercuten en el mercado y que posee elementos internacionales.

EXAMEN DE LA EXPERIENCIA OBTENIDA HASTA LA FECHA EN LA COOPERACIÓN PARA ACATAR LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA, INCLUIDA LA COOPERACIÓN REGIONAL

Al tenor de las recomendaciones del Informe de la Sexta 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 Comerciales Restrictivas, celebrada del 8 al 12 de noviembre de 2010, el undécimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos (GIE) en Derecho y Política de la Competencia realizará una mesa redonda para examinar “la experiencia obtenida hasta la fecha en la cooperación para acatar y la capacidad de aplicación de las leyes, incluida la cooperación regional”. A continuación se presenta un marco de referencia con la intención de asistir a los Estados Miembros para que estructuren sus debates en torno a este tema.

Las fuentes primarias de la información en esta nota comprenden los estudios de la UNCTAD, las presentaciones que hemos recibido de los Estados Miembros en respuesta a un cuestionario, los aportes de la Sexta 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 Comerciales Restrictivas, que se celebró los días 8 al 12 de noviembre de 2010, las publicaciones de los Grupos de Trabajo de la Red Internacional de Competencia (RIC; *International Competition Network Working Groups*) y las mesas redondas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que se han llevado a cabo al respecto. La nota también se inspira en las páginas web de autoridades de competencia así como en bibliografía académica relativa al tema.

ÍNDICE

I. Introducción	4
II. Soluciones intentadas y probadas	6
III. Casos específicos de Cooperación: Cáteles y fusiones	18
IV. Conclusión y preguntas para mayor debate	27
V. Planteamientos para el debate	27

I. INTRODUCCIÓN

1. Entre 1999 y 2006, 12 compañías de aviación se aliaron para conformar un cártel internacional. Entre ellas se encontraban grandes líneas aéreas, tales como Air France, KLM, SAS, Singapore Airline, British Airways, Cathay Pacific y Air Canada. Al principio, estas compañías se comunicaron entre sí para tratar los temas relativos a valores de recargo (valores adicionales) en el precio del combustible y acordaron una tarifa plana en la tarifa de carga. Posteriormente, la cooperación se extendió a los valores de recargo por concepto de seguridad y la negativa conjunta a pagar una comisión por recargo a los agentes de carga. Esto les permitió que no tuvieran que competir por los precios de recargo, como por ejemplo, al brindar descuentos a los clientes. El impacto del cártel se extendió a múltiples jurisdicciones y ha dado lugar a investigaciones por parte de las autoridades en materia de competencia en todo el mundo.
2. En otro ejemplo, funcionarios de Estados Unidos de Norteamérica y de la Comisión Europea (CE) tenían distintas inquietudes con respecto a la fusión de los laboratorios farmacéuticos suizos Ciba-Geigy y Sandoz. No obstante, las conversaciones entre las autoridades dieron lugar a condiciones y soluciones complementarias que aliviaron las inquietudes de la CE en relación con el monopolio de metropreno por parte de Sandoz, a la vez que aseguraban que el receptor del traspaso en el negocio del control de plagas de Sandoz en Estados Unidos y Canadá contaría con un suministro confiable de este ingrediente fundamental. Así mismo, en las fusiones de Zeneca / Astra, ABB / Elsag Bailey y Federal Mogul-T&N (la Comisión Federal de Comercio de EE.UU. o FTC y la CE, o en el caso de T&N, los Estados Miembros de la CE), participaron en amplias conversaciones para desarrollar condiciones y alternativas compatibles que no impusieran una carga desigual entre las partes negociadoras. El elemento crítico en el rápido y eficaz diálogo de estos controles de concentración –aproximadamente dos meses desde la notificación hasta el acuerdo en ambas fusiones de Zeneca y ABB– fue la disposición de las partes a renunciar a la confidencialidad de su información a la que tenían derecho. Esto permitió que las distintas autoridades de competencia compartieran su información, así como las valoraciones del mercado relevante y las propuestas para condicionar la concentración.
3. Estos casos constituyen un ejemplo fehaciente del alcance internacional de las actividades que se ponen en práctica para contrarrestar la competencia en los modernos mercados del mundo globalizado y llama la atención en cuanto a las oportunidades y los desafíos que enfrentan las autoridades nacionales de competencia para frenar las conductas anticompetitivas internacionales y restablecer la competencia.
4. Los intentos fallidos al término de la Segunda Guerra Mundial por elaborar una ley en competencia multilateral hizo que los países con avanzados regímenes de competencia, principalmente EE.UU. y, de más reciente data, la Unión Europea (UE), confiaran en la aplicación extraterritorial de su legislación en la materia a fin de acometer los impactos internos adversos por conductas anticompetitivas efectuadas en el extranjero. Confiaron en los principios sobre territorialidad del derecho público internacional, por lo que permitieron que los Estados formularan leyes que afectarían la conducta dentro de sus territorios y regularan el comportamiento de sus ciudadanos en

el exterior; independientemente de que la conducta anticompetitiva se originara en la jurisdicción nacional.

5. Sin embargo, de más reciente data –y a la luz de las inevitables fricciones que surgen de la aplicación extraterritorial en relación con la soberanía de los Estados- el discurso y la práctica han llevado a la creación de un sistema de vínculos internacionales para abordar de manera adecuada los desafíos que plantean las prácticas competitivas en un mundo globalizado.
6. Los esfuerzos por alcanzar esta meta han asumido numerosas formas, desde acuerdos formales bilaterales y multilaterales, pasando por interacciones informales hasta intercambio de información y de mejores prácticas. Ahora se da por sentado que la cooperación entre las autoridades de competencia de todo el mundo facilita la aplicación eficaz y eficiente de la legislación de competencia y, por ende, contribuye a preservar mejor la competencia en los mercados.
7. Con todo, diversos factores impactan en una cooperación eficaz para acatar la ley, sin hablar de las variaciones de una jurisdicción a otra en el enfoque de las reglas sustantivas de competencia, de procedimiento e institucionales. Adicionalmente, aunque no hay que negar la proliferación de leyes y políticas relativas a la competencia –hoy en día, más de 110 países en todo el mundo cuentan con legislación sobre competencia- aún quedan países sin el marco legal para contrarrestar las conductas anticompetitivas propiciadas por actores nacionales o internacionales. Por otra parte, no hay que desestimar la propensión a las actividades de cooperación entre los países desarrollados con sistemas más avanzados de competencia.
8. El presente trabajo propone examinar las experiencias obtenidas desde que se inició la cooperación para acatar la normativa de competencia, donde se resaltan las prácticas y los enfoques que han asumido las autoridades con miras a profundizar dicha cooperación, así como compartir información y las mejores prácticas con el objeto de investigar los actos del mercado que involucran elementos transnacionales. En particular, este documento se enfocará en la cooperación en investigaciones sobre cárteles y el control de las concentraciones transfronterizas.
9. El Capítulo 1 ofrece una reseña de los orígenes y los aspectos que influyeron en el aumento de la cooperación, a la vez que examina las herramientas de la cooperación internacional que utilizan las autoridades en materia de competencia.
10. El Capítulo 2 examina más de cerca aspectos específicos sobre cooperación. Se presta particular atención a la investigación en cárteles y el control de concentraciones transfronterizas. Igualmente, este Capítulo repasa los avances recientes y los desafíos que enfrentan las autoridades en torno a la cooperación en estos ámbitos. El Capítulo 3 ofrece conclusiones y plantea temas a debatir.

II. Soluciones intentadas y probadas

11. El aceleramiento de la globalización en las últimas décadas ha expandido el ámbito geográfico de acción de la competencia. En muchos, por no decir todos los mercados, compañías extranjeras son capaces de brindar

competencia en otros países. Sin embargo, esto también significa que a mayor globalización, tienen lugar más fusiones que afectan dos o más jurisdicciones y, hay más cabida para que una conducta anticompetitiva tenga efectos transfronterizos. Estos cambios ponen de manifiesto los límites que tienen las existentes leyes nacionales para tratar con los efectos de las conductas anticompetitivas en los mercados mundiales.

12. En las últimas décadas, la cifra mundial de autoridades de competencia se ha incrementado rápidamente. Esto se debe, al menos en parte, al viraje mundial en el consenso hacia la economía de mercado y la competencia (en contraposición a la planificación estatal dominante) como el mejor medio para alcanzar el crecimiento y desarrollo económico. Tal proliferación de leyes en competencia pudiera afectar el desempeño económico eficiente donde las reglas sustantivas y de procedimiento difieren drásticamente y hacen el cumplimiento de la ley algo demasiado gravoso y oneroso para los actores que se dedican a actividades comerciales legítimas.
13. Así, desde la perspectiva de la economía mundial, de cada uno de los Estados y de las empresas privadas, es esencial la cooperación entre los países con miras a garantizar que las conductas anticompetitivas en los mercados mundiales se aborden de manera eficaz y efectiva y sin que las leyes en sí se conviertan en un obstáculo para un desempeño económico eficiente.
14. Los esfuerzos que se han hecho hasta la fecha para abordar este punto pueden dividirse en cinco (5) amplias categorías:
 - Extraterritorialidad.
 - Armonización de acuerdos multilaterales sobre competencia.
 - Acuerdos bilaterales.
 - Acuerdos regionales o comunitarios.
 - “*Derecho blando*” (*Soft law*), redes informales, cooperación y entendimientos.
15. Cada uno de estos puntos se abordará en su momento en lo que resta de este Capítulo.

Extraterritorialidad

16. Extraterritorialidad es la reafirmación de la potestad legal de un Estado fuera de sus fronteras de conformidad con los principios del derecho internacional público. Ha sido aplicado incluso cuando la conducta no se origina en la jurisdicción competente, pero tiene cierto “efecto” en ella. En el pasado, esto solía generar conflicto entre las jurisdicciones, donde algunos países promulgaban “estatutos de bloqueo” (*blocking statutes*) en un intento por prevenir la aplicación extraterritorial y preservar su soberanía jurisdiccional. El creciente consenso mundial en torno a la importancia de combatir las prácticas anticompetitivas casi ha hecho desaparecer este conflicto, toda vez que las jurisdicciones están más dispuestas a cooperar en la aplicación y acatamiento extraterritorial.
17. La extraterritorialidad en sí misma no resuelve el problema de combatir las prácticas anticompetitivas a escala mundial. En primer lugar, cada país

sanciona la conducta anticompetitiva que perjudica su propia economía y, deja que los demás países inicien sus propias investigaciones. Ya que no todos los países cuentan con los mismos recursos, pericia y sofisticación para acatar unilateralmente las reglas de manera extraterritorial, aunque las leyes de competencia son esencialmente las mismas, hay regiones donde las leyes se acatan menos; por lo general en economías pequeñas y relativamente menos desarrolladas. Segundo, otra solución pudiera ser la escisión de una empresa o de una tecnología, lo que es “mejor” que cualquier solución que pueda lograrse de forma unilateral. Tercero, pudiera existir más consideraciones políticas aparte de la competencia en asuntos de litigio extraterritorial que en casos nacionales.

Armonización de acuerdos multilaterales sobre competencia

18. Ya para la época de la Carta de La Habana en 1948, se había abordado la pertinencia de un acuerdo multilateral sobre derecho de competencia. La Carta de La Habana fue el primer intento serio por crear un marco multilateral sobre comercio y competencia. El texto disponía la limitación de prácticas comerciales restrictivas, así como la prohibición de cárteles y de restricciones verticales por parte de empresas monopólicas. Sin embargo, debido a la resistencia de numerosas naciones, incluido EE.UU. y muchos países en desarrollo, la Carta de La Habana nunca entró en vigencia.
19. De más reciente data, a principios de la década de 1990, la Unión Europea reintrodujo el tema de vincular y centralizar la legislación internacional sobre competencia junto con el impacto de la competencia en el comercio internacional. Se hizo un empeño por incluir un acuerdo multilateral en derecho de competencia como parte de las negociaciones de la Ronda de Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT).
20. Mientras ese esfuerzo no tuvo un acuerdo concreto, el entusiasmo por explorar normas internacionales para acatar las leyes relativas a la competencia condujo a la creación en 1996 de un mandato de la Organización Mundial del Comercio (OMC) destinado a estudiar las prácticas anticompetitivas y su interacción con la política comercial. Sin embargo, el derecho de competencia se omitió de la agenda comercial en la Conferencia Ministerial de la OMC que se celebró en 2003 en Cancún.
21. Algunos atribuyen el fracaso de este enfoque a los variados niveles de avance en relación con las legislaciones sobre competencia. En la alocución dentro del marco de la Reunión de Otoño en 2004, ante la Asociación Americana de Abogados (ABA), el Departamento de Justicia de EE.UU. expuso que:

"Cuando la mitad de las autoridades de competencia del mundo tienen diez años o menos y aún existe mucha discrepancia entre las autoridades en torno a los principios para acatar las leyes de competencia, creemos que un camino forzado a la uniformidad produciría la aplicación al mínimo nivel del denominador común".
22. A los siete años de este discurso, pese a las herramientas de cooperación en uso, tales discrepancias continúan siendo reales aunque menos pronunciadas. Muchos países siguen careciendo de leyes de competencia o están en la fase temprana de desarrollo y ejecución. Otra inquietud

persistente de los países en desarrollo que guarda relación es con los requisitos potencialmente difíciles para la implantación de dichos acuerdos.

23. Si bien la competencia como tal no forma parte activa de la agenda de la OMC, las disposiciones contenidas en el GATS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) y en el ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual) abordan ciertas prácticas anticompetitivas. El GATS contempla una disposición contra el abuso de los monopolios o proveedores exclusivos y prescribe consultas entre los Estados Miembros para eliminar las prácticas comerciales que limitan la competencia y con ello el comercio en servicios. El ADPIC reconoce que cláusulas sobre el otorgamiento de licencias pueden ser anticompetitivas y establece que, en ciertas condiciones, los gobiernos pueden emprender acciones contra la concesión anticompetitiva de licencias que abusa de los derechos de propiedad intelectual.

Acuerdos bilaterales

24. Uno de los primeros acuerdos bilaterales sobre cooperación para acatar y cumplir la legislación de competencia fue el Acuerdo entre Alemania y EE.UU. en 1976. Hoy en día, un gran número de países también han negociado acuerdos bilaterales bajo la influencia de los principios de “cortesía positiva” y cooperación promulgados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Estos acuerdos disponen por lo general la cooperación cuando una de las partes se percata de que sus acciones para acatar o cumplir una ley pudiera afectar los intereses de la otra parte. Además, suelen abarcar intercambio de información, coordinar las actividades de aplicación y ejecución de la ley de competencia y tomar en cuenta los intereses “importantes” de la otra parte. Igualmente, las limitaciones en el intercambio de información confidencial invariablemente se incluyen en dichos acuerdos. Esto último, a veces estaba exonerado cuando las partes permiten a las autoridades el intercambio de información confidencial.
25. Posteriormente surgieron los acuerdos bilaterales de “segunda generación” donde se permite el intercambio de información confidencial. Un ejemplo es el Acuerdo de Asistencia Mutua en la Aplicación de Leyes Antimonopolios (AMEAA, por sus siglas en inglés) de 1999, celebrado entre Australia y EE.UU. El texto contempla la asistencia recíproca de manera amplia entre los dos países, lo cual comprende, entre otros aspectos: revelación, intercambio y análisis de información, la toma de testimonios individuales y la realización de allanamientos.
26. Otro ejemplo de este tipo más involucrado de acuerdos de cooperación fue el que celebraron recientemente el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI) y la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC). El acuerdo permite el intercambio de información confidencial y requiere que ambas autoridades mantengan la confidencialidad de la información que comparten entre ellos y la empleen únicamente a efecto de cumplir las leyes de competencia. Por otra parte, las autoridades se obligan a no revelar ni divulgar la información a terceros y se hacen mutuamente responsables por el uso incorrecto de la información.

27. Igualmente, los Memorandos de Entendimiento (MDE) no vinculantes son cada vez más comunes. Con disposiciones semejantes aunque menos extensas que las contenidas en los acuerdos bilaterales formales, los MDE aplican típicamente en las situaciones donde el comercio entre los Estados parte resulta afectado. Turquía, por ejemplo, ha suscrito ocho MDEs con base al consentimiento mutuo, la voluntad y determinación de las partes. Los textos están destinados a alentar la cooperación mediante el intercambio de información no confidencial y reuniones, pero no prevén la cooperación en las actividades para acatar la ley, tales como allanamientos llevados a cabo de manera simultánea o asistencia en una investigación. La autoridad competente de Turquía indica que el atractivo del MDE es la flexibilidad que otorga su carácter formal, no así vinculante.
28. Los países también incluyen disposiciones sobre cooperación en materia de competencia en los Tratados de Libre Comercio (TLC). En este ámbito, la Unión Europea ha manifestado su interés por incluir disposiciones más contundentes al respecto en la nueva generación de los TLC que se negocian actualmente y, apuntan al TLC que se firmó con Corea del Sur en 2009 como un ejemplo de tales disposiciones. Igualmente, Zambia ha establecido mediante un Protocolo de Comercio Conjunto, un acuerdo formal de cooperación con su país vecino Zimbabwe para el intercambio de información en casos de competencia de cara a la cooperación en casos específicos. De manera similar, los países suelen cooperar por medio de Tratados Mutuos de Asistencia Legal (MLAT, por sus siglas en inglés), como el que existe entre Canadá y EE.UU., el cual permite el intercambio de información en las investigaciones de competencia de carácter penal.
29. En general, como herramienta de cooperación a efectos de regular las conductas anticompetitivas transnacionales, los acuerdos bilaterales son apreciados por las autoridades de competencia. Estos acuerdos son útiles para evitar la duplicación de la investigación y las acciones destinadas a acatar la ley, lo que asegura que la parte más apropiada para llevar el caso asuma la responsabilidad en primera instancia en el tratamiento de la conducta anticompetitiva que afecte a ambas partes.
30. Algunos países en desarrollo han destacado el beneficio que se desprende de las disposiciones sobre cooperación técnica que se incluyen en los acuerdos bilaterales. La Comisión para la Supervisión de la Competencia Comercial de Indonesia (KPPU, por sus siglas en inglés) resaltó que cuenta con un acuerdo bilateral con la Comisión de Comercio Justo de Japón (JFTC), dentro del marco de la cooperación económica bilateral entre los dos países. Como parte de la disposición sobre asistencia técnica, la KPPU se ha embarcado en un nuevo programa de capacitación de tres años con la JFTC.
31. Pese a estos beneficios, los acuerdos bilaterales en sí mismos no alcanzan a resolver los problemas asociados a la reglamentación de las actividades anticompetitivas de las transnacionales que involucran a múltiples jurisdicciones. Una limitación obvia de los acuerdos bilaterales es que existen únicamente entre las dos partes involucradas. Si bien una red de acuerdos semejantes pudiera servir de ayuda, no son capaces de confrontar adecuadamente los efectos multinacionales de ciertas conductas anticompetitivas.
32. La limitación que tiene la mayoría de los acuerdos en el intercambio de información no confidencial pudiera ser una desventaja significativa. Si la

información confidencial que se encuentra en una jurisdicción extranjera es fundamental, tal restricción pudiera ser perjudicial. Aun cuando algunas autoridades en materia de competencia han identificado esto como un aspecto que requiere mejorarse, también han reiterado que el ámbito de la información no confidencial es amplio y en la práctica, la imposibilidad de intercambiar información confidencial no invalida la cooperación.

33. Por otra parte, la mayoría de los acuerdos bilaterales se celebran entre países desarrollados. Una razón para ello es que las naciones desarrolladas se enfocan en países cuyas actividades comerciales posiblemente impacten en sus mercados. Es menos probable que los negocios de las economías pequeñas tengan este alcance internacional. Las divergencias ocasionadas por los distintos grados de avance de los regímenes de competencia también suelen impactar en los términos de los acuerdos bilaterales. Por ejemplo, la KPPU ha subrayado que la negociación del acuerdo bilateral con la JFTC fue prolongada y desafiante. Igualmente, hubo que limitar los términos y condiciones para no incluir la aplicación conjunta de leyes de competencia como el punto central al tomar en cuenta los distintos niveles de desarrollo entre los dos países.
34. Una vez más, estas discrepancias indican que los países más avanzados con mayores recursos se benefician más de una cooperación más amplia, mientras que los sistemas menos avanzados sacan provecho de distintas maneras, como en el caso de las disposiciones sobre intercambio de información no confidencial y de cooperación técnica.

Acuerdos Regionales o Comunitarios

35. Otro enfoque que se ha tomado para tratar con los efectos de las actividades anticompetitivas transnacionales ha sido el aunar esfuerzos para reglamentar la competencia con otros países de una misma región geográfica. Esto brinda la posibilidad de una aplicación más eficiente y eficaz contra las conductas anticompetitivas que afectan a varios países dentro de esa región. Más específicamente, los acuerdos regionales para acatar la legislación de competencia se perciben como algo adecuado dentro del marco de la cooperación entre países y como un complemento a las políticas comerciales.
36. Hoy en día, una serie de acuerdos regionales incorporan disposiciones sobre competencia. Estos acuerdos tienen diversos grados de alcance. Un ejemplo de acuerdo regional que funciona a cabalidad es el de la Unión Europea (UE) y su Red Europea de Competencia (REC; *European Competition Network (ECN)*). La REC fue creada en 2004 y está conformada por las autoridades de competencia de los Estados Miembros de la UE, quienes cooperan en la aplicación de la normativa de la UE relativa a la competencia.
37. La normativa de competencia de la UE estipula disposiciones detalladas en cooperación, las cuales exigen un mínimo de cooperación, pero le otorgan a las autoridades cierta discreción para que empleen otras formas de cooperación. Un Reglamento dispone que los integrantes de la REC deben compartir información, incluso información confidencial, a efectos de aplicar la legislación de la UE relativa a la competencia. Adicionalmente, hay normas bastante específicas sobre la notificación, la asistencia en investigaciones y el empleo de la información compartida.

38. La REC es un sistema complejo que no deja de tener sus limitaciones. Por ejemplo, persisten los aspectos asociados a distintas reglas nacionales sustantivas y de procedimiento, incluso entre los Estados Miembros relativamente similares, particularmente en relación con las diferentes sanciones o la existencia de programas de clemencia.
39. Países nórdicos –Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia- han celebrado igualmente un acuerdo concerniente a la cooperación en materia de competencia. En virtud de este acuerdo, los Estados convienen en notificar a las contrapartes tan pronto como tengan conocimiento de un aspecto que afecte sus “intereses en la materia de competencia”. Se permite el intercambio de información confidencial en la medida en que sea tratada de manera confidencial por el Estado receptor, se utilice únicamente a efectos de acatar la ley en materia de competencia y no se transmita a un tercero sin el consentimiento explícito del Estado que la suministra.
40. La Comunidad de Estados Independientes (MEI), conformada por las antiguas repúblicas de la Unión Soviética, es otra organización regional que ha estado activa en cooperación para acatar las legislaciones en materia de competencia. El Consejo Interestatal de Políticas Antimonopolios (CIPA) constituye la plataforma fundamental para la interacción de las autoridades antimonopolio entre los Estados de la MEI. Recientemente, el CIPA ha ampliado la cooperación entre los Estados de la MEI al realizar una serie de investigaciones conjuntas de los mercados interregionales, incluidos el transporte aéreo, las telecomunicaciones y los cereales. Esto ha implicado la coordinación por parte de los diversos Estados participantes con miras a determinar el alcance de las investigaciones, recabar información y conducir inspecciones simultáneas.
41. Otros acuerdos regionales del mismo tenor comprenden: la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA), la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), la Comunidad Andina (CAN), la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), la Unión Aduanera de África Austral (SACU) y la Unión Monetaria Económica del África Oriental (WEAMU). Empero, estos acuerdos no han tenido tanto éxito en términos de ejecutar la regulación de competencia. Esto se debe al menor grado de cohesión política y menos recursos de los que disfruta el bloque regional de la UE.
42. Con todo, últimamente se han tomado pasos alentadores en algunas de estas asociaciones, lo cual indica mayor grado de cohesión en los años que se avecinan. Por ejemplo, aunque no se ha establecido ninguna autoridad oficial en materia de competencia dentro de la ASEAN, en 2010 se adoptaron los Lineamientos Regionales sobre Políticas de Competencia y se publicó el Manual sobre Políticas y Leyes de Competencia para Negocios en 2010. Adicionalmente, en 2009 COMESA creó una Comisión de Competencia para promover la competencia justa dentro del mercado común entre sus Estados Miembros. Zambia destacó recientemente que en la región de COMESA, está en aumento la cooperación en determinados casos, específicamente en las investigaciones de cárteles, lo que suele adoptar la forma de cooperación informal entre los jefes de las autoridades en competencia y los encargados de los casos.

43. Por otra parte, la SADC compromete a sus Estados Miembros a “procurar la cooperación en determinados casos que concuerde con las leyes y reglamentos de cada uno de sus integrantes, y en concordancia con los intereses comunes en la prevención de los cárteles, el abuso de posición, las fusiones anticompetitivas y conductas unilaterales”. La Declaración de la SADC también hace hincapié en la necesidad de “formalizar un sistema de cooperación entre los regímenes nacionales que recojan los esfuerzos mancomunados de las autoridades nacionales correspondientes y añadan valor a los esfuerzos nacionales por acatar la ley ante los problemas que quebrantan a más de un país”¹.
44. El éxito de la REC sugiere posibles elementos de utilidad para otros grupos regionales. Sin embargo, también sirve para resaltar cuán necesario es armonizar las reglas sustantivas aunque esto no basta para reducir la necesidad de contar con legislación específica y así disminuir la incertidumbre. Los detalles en las reglas de procedimiento y las estructuras legales internas también cumplen una función preponderante.

Cuadro 1 – Cervecerías africanas: el valor de la cooperación regional

En 2001 SABMiller (la segunda cervecería más grande del mundo) y Castel (el grupo de bebidas con domicilio principal en París) formaron una alianza en África que les permitía proteger sus zonas de influencia y preferencia. SABMiller adquirió 20% de las acciones en la división cervecera de Castel. Por su parte, Castel adquirió 38% de participación en SABI África, filial de SABMiller. Esto significaba que Castel distribuía las marcas de SABMiller en unos 15 países de África Occidental y Central donde ocupaba una posición dominante. A su vez, SABMiller distribuía las marcas de Castel en los países de África Austral y Oriental (excepto Sudáfrica) donde ocupaba una posición dominante.

Tal comportamiento de SABMiller para repartirse el mercado no comenzó con esta alianza. En 1979, el mercado de bebidas alcohólicas en África Austral también se dividió con el grupo sudafricano Rembrandt, que pasó a controlar el negocio de vinos y bebidas alcohólicas, mientras que SAB se enfocaba en el mercado cervecero. Un arreglo semejante entre SAB y Diageo (líder mundial en el negocio de las bebidas) terminó en una guerra de precios entre ellos en Tanzania y Kenia.

El acuerdo entre SABMiller y Castel garantizaba que no tendrían que competir entre sí, lo que perjudicaba en última instancia el derecho a elegir y el bienestar del consumidor. Al preguntárle si el acuerdo creaba monopolios nacionales, el jefe del departamento de comunicaciones de SABMiller respondió que:

“Este acuerdo nos permitiría desarrollar oportunidades. Puede que existan leyes antimonopolio en el ámbito nacional, pero ninguna abarca el continente. No veo cuál es el problema”.

Lo anterior pone de manifiesto que las multinacionales de países desarrollados y en desarrollo por igual celebran acuerdos que claramente reducen la competencia entre ellas. Esto implica a menudo prácticas transnacionales que contravienen las leyes relativas a la competencia en sus países de origen. Una ley regional de competencia en perfecto funcionamiento que abarque a todos los países africanos pudiera ser un largo camino para prevenir acuerdos tales como la alianza entre SABMiller y Castel. A falta de esto, una mayor cooperación entre los países sobre la base de principios de cortesía equipararía mejor a las autoridades nacionales para obtener información, investigar eficazmente y prevenir este tipo de acuerdos.

¹ Ver SADC, *Declaración sobre Cooperación Regional en Competencia y Políticas del Consumidor*.

“Derecho blando”, redes informales, cooperación y entendimientos

45. Los principios del “derecho blando” (*soft law*) y la cooperación informal quizá sean la forma más empleada de cooperación en materia de competencia en la actualidad. Por ejemplo, la UE destaca que la existencia de un acuerdo formal de cooperación no es un requisito *sine qua non* para la cooperación, como tampoco su ausencia implica que las autoridades desconozcan lo que acontece en otras jurisdicciones.

Lineamientos de la OCDE

46. Tal vez el primer conjunto significativo de textos de “derecho blando” (*soft law*) destinado a alentar la cooperación fue de la OCDE. Como se mencionó anteriormente, estos principios han influido en el desarrollo y contenido de varios acuerdos bilaterales. (Ver párrafo 24, *infra*)

47. La limitada membresía a la OCDE significaba que inicialmente su influencia en el resto del mundo era restringida. En un esfuerzo por reducir esta brecha, en 2001, se formó el Foro Mundial sobre Competencia de la OCDE (FMC) en un intento por brindar un espacio para el diálogo sobre el tema de las políticas entre los países miembros y los no miembros de la OCDE.

48. La renuencia a compartir información confidencial ha sido un gran obstáculo para la cooperación. En el tratamiento del intercambio de información confidencial, puede hacerse un repaso a las “Mejores Prácticas de la OCDE para el intercambio formal de información entre las autoridades de competencia en las investigaciones de cárteles” de 2005. Esta guía exhorta a los países miembros a respaldar el intercambio de información de manera eficaz y oportuna y así evitar que se imponga una carga indebida en dichas autoridades. Reconoce, no obstante, la realidad de la soberanía de los Estados y subraya que el cumplimiento con una solicitud será a discreción del país destinatario de la misma. La guía sugiere las mejores prácticas para dicho intercambio, entre las cuales destacan las siguientes:

- Tanto en los Estados solicitantes como en los Estados destinatarios de la solicitud deben mantener disposiciones que protejan la confidencialidad de la información compartida.
- Debe crearse medidas para proteger los programas de clemencia, así como los intereses de los informantes y el privilegio de profesionales del derecho.
- Los países miembros deben garantizar la transparencia en la medida de sus posibilidades de dar a conocer al público sobre la legislación pertinente relativa al intercambio de información.

Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de la UNCTAD

49. Con una membresía irrestricta, el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de Prácticas Comerciales Restrictivas de las Naciones Unidas (el Conjunto) negociado bajo el auspicio de la UNCTAD, es el único documento de su clase que se haya acordado multilateralmente. Al igual que las recomendaciones de la

OCDE, el Conjunto establece la cooperación como una prioridad a fin de controlar eficazmente las prácticas anticompetitivas que afectan el comercio internacional. Aparte de las disposiciones relativas a la cooperación a través de la notificación, el intercambio de información y la asistencia en investigación, entre otras, el Conjunto advierte sobre la necesidad de que los países desarrollados tomen en consideración las necesidades financieras, sobre desarrollo y comerciales de los países en desarrollo, particularmente de los países menos desarrollados (Artículo C).

50. La Sección F del Conjunto ofrece a la UNCTAD establece un espacio donde pueden efectuarse consultas sobre cooperación en materia de competencia, particularmente las que tengan que ver con países en desarrollo. Insta a los Estados a esforzarse por considerar las solicitudes de consulta bajo los auspicios de la UNCTAD. Hasta la fecha no se ha hecho uso de esta disposición. Sin embargo, en la Sexta Conferencia de Revisión que se llevó a cabo recientemente en la UNCTAD, los delegados conversaron sobre los méritos de la Sección F y la destacaron como una opción valiosa en el repertorio de las herramientas de cooperación que están disponibles para la comunidad mundial en el ámbito de la competencia.

51. A tenor de este mandato, tal como se establece la Sección G, la UNCTAD debe llevar a cabo una reunión anual del Grupo Intergubernamental de Expertos para tratar e intercambiar visiones entre los Estados en los asuntos contemplados en el Conjunto, así como emprender y difundir investigaciones y estudios sobre prácticas restrictivas a la competencia. Así mismo, la UNCTAD realiza una conferencia cada cinco años para revisar el Conjunto y considerar propuestas con el fin de mejorarlo y desarrollarlo. Igualmente, la UNCTAD dedica gran cantidad de trabajo en capacitación y asistencia técnica a las autoridades en materia de competencia en los países en desarrollo.

El Comité Asesor en Materia de Política Internacional de Competencia ("ICPAC")

52. La última Conferencia de Revisión marcó el 30° aniversario del Conjunto y fue muy concurrida y elogiada por muchas autoridades de competencia y demás organizaciones por ser un foro invaluable para el intercambio de experiencias. En 1997, la Procuraduría de los EE.UU. constituyó el Comité Asesor en Materia de Política Internacional de Competencia (ICPAC) con el objeto de examinar, entre otros aspectos, los asuntos y problemas asociados a los casos de concentraciones y fusiones en múltiples jurisdicciones. El Comité Asesor emitió su informe, donde se dieron innumerables recomendaciones para eliminar los costos innecesarios en los negocios que pudieran surgir cuando la transacción pasa por múltiples revisiones.²

Red Internacional de Competencia

53. La RIC (*International Competition Network o ICN*) es una red informal conformada por 112³ Autoridades en materia de competencia de todo el mundo con el objetivo común de abordar aspectos prácticos sobre la

² Informe final del Comité Asesor en Materia de Política Internacional de la Competencia ante el Fiscal General y el Fiscal General Adjunto para Políticas Antimonopolios (2000), disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> ("Informe del ICPAC").

³ La RIC recientemente dio la bienvenida a sus nuevos integrantes, incluidos los organismos en competencia de CARICOM y Ecuador.

aplicación de leyes y políticas de competencia. Junto con asesores gubernamentales de empresas y grupos de consumidores, académicos, profesionales del derecho y de economía, la RIC genera proyectos consensuados con miras a potenciar la convergencia y la cooperación internacional.

54. La creciente membresía de integrantes a la RIC sugiere que su labor es valiosa para las autoridades de competencia. Ha desarrollado un marco de trabajo que abarca prácticas recomendadas, manejo de casos y manuales para acatar las leyes, informes y modelos de legislación y reglamentos en distintas jurisdicciones. Al igual que la UNCTAD, la membresía de la RIC no es limitada y realiza periódicamente asambleas y talleres. Ella brinda un espacio para el intercambio de experiencias y de las mejores prácticas.

Actividades de asistencia técnica y capacitación

55. Cada una de las organizaciones mencionadas lleva a cabo actividades de asistencia técnica y capacitación en los países en desarrollo a fin de contribuir con el desarrollo de autoridades de competencia. Cada país a su vez realiza actividades de capacitación y asistencia técnica en casos específicos y en políticas de competencia. Esto es de particular importancia para los países en desarrollo y las nuevas autoridades que se benefician de las guías y asistencia para crear primero institucionalidad, desde la redacción de legislación y guías hasta para acatar la ley en esta materia.⁴ Estas experiencias pueden conducir posteriormente a la cooperación.

Limites del derecho blando y de la cooperación informal

56. La limitación obvia del *derecho blando* y la cooperación informal es que se trata de su mejor esfuerzo. Esto también pudiera verse como una ventaja en el sentido de que brinda cierto grado de flexibilidad que atrae a todos los Estados con una agenda variada y distintas consideraciones políticas en mente. Con la proliferación de leyes y políticas de competencia, la desconfianza de los años anteriores ha dado paso a la promoción y participación activa de muchos Estados. La participación en la última Conferencia de Revisión de la UNCTAD avala la importancia que se asigna a las leyes y políticas de competencia en la agenda mundial. Por consiguiente, el asunto de la no obligatoriedad no es tan severo como lo hubiera sido hace apenas 20 años, donde los valores sobre competencia no estaba tan extendida.

III. Casos específicos de Cooperación: Cárteles y Concentraciones

CÁRTELES

57. Los cárteles entrañan acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse consumidores, repartirse mercados o restringir la producción. Los cárteles están concebidos como "*el mal supremo de la competencia*" y cuando ocurren a nivel internacional tienen un efecto más relevante⁵. Varios

⁴ Ver: "La capacitación y la asistencia técnica se extienden a las noveles agencias en competencia" TD/B/C/CLP/---- Abril de 2011

⁵ Ver UNCTAD "The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries" http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf7d4_en.pdf y UNCTAD "The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects " http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20082_en.pdf

estudios han demostrado el impacto particularmente significativo de los cárteles internacionales en países en desarrollo. Por ejemplo, se calcula que solamente en 1997, el valor de las ganancias conocidas de los cárteles internacionales ascendió a US\$ 51,1 billones (miles de millones), lo que sobrepasó los US\$ 39,9 billones de ayuda exterior a los países en desarrollo ese año⁶.

58. Particularmente en relación con los cárteles la cooperación entre las autoridades tendría una serie de ventajas. En primer lugar, una autoridad puede alertar a otra sobre la existencia de un cártel en su jurisdicción. En segundo lugar, una autoridad pudiera convenir en retrasar la recolección de información para así evitar que los cárteles se percaten y tengan tiempo de destruir las pruebas antes de que otra autoridad se ponga en acción. En tercer lugar, como se resaltó antes, la cooperación pudiera propiciar un intercambio de información más eficiente y eficaz y permitir que las autoridades tengan acceso a las pruebas que se encuentran fuera de su territorio. Finalmente, la cooperación entre las autoridades facilitaría las investigaciones sobre cárteles, toda vez que apalanca la planificación estratégica mancomunada.

59. La RIC a través de su grupo de trabajo sobre cárteles a publicado el Manual Anti-Cárteles, donde la RIC aúpa indirectamente la convergencia de procedimientos, normas y conductas, lo que propicia un ambiente conducente a la cooperación internacional en competencia⁷. El Informe de la Conferencia sobre Cooperación entre Autoridades de Competencia en Investigaciones de Cárteles de la RIC proyecta lues sobre las prácticas específicas de cooperación que tienen lugar en las distintas fases de las investigaciones (ICN 2010), donde se mencionan las siguientes:

60. *Fase previa a la investigación:*

- Intercambio de avances de información y antecedentes sobre la industria y los actores o agentes económicos.
- Notificación de los actos iniciales de la investigación, lo que pudiera facilitar posteriores solicitudes de asistencia en una determinada investigación.
- Coordinación de allanamientos, búsquedas o inspecciones y entrevistas (interrogatorios o testimonios).

61. *Fase de investigación:*

- Intercambio de información relativa al proceso.
- Evaluación conjunta o consideración de los méritos del caso.
- Coordinación para obtener información de las empresas o agentes donde la documentación está en manos de compañías o filiales extranjeras.

62. *Fase posterior a la investigación y sanciones:*

- Coordinación con otras autoridades para formalizar cargos.
- Notificación a las autoridades de aceptaciones en juicio de la propia culpabilidad y condena de empresas extranjeras.
- Adopción de decisiones en casos que también se encuentran en investigación en otras jurisdicciones.

⁶ Ver Margaret Levenstein & Valerie Y. Suslow, (2004), "Contemporary International Cartels and Developing Countries Economic Effects and Implications for Competition Policy", 71 ANTITRUST L.J. 801.

⁷ Ver ICN <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>

63. A partir de los casos y las experiencias de los países, el presente Capítulo propone resaltar los métodos específicos de cooperación internacional que se utilizan para acatar la ley contra los cárteles, así como confrontar los restantes desafíos.

Cooperación en casos específicos

64. Durante la última década ha existido un incremento en la cooperación en determinados casos para investigar, juzgar y sancionar cárteles internacionales. La Comunidad Europea (CE), por ejemplo, coopera con otras autoridades en aproximadamente 31% de las investigaciones sobre cárteles. No obstante, hay distintos patrones que hacen que la cooperación para acatar la ley contra los cárteles sea deficiente. Las investigaciones en cárteles internacionales con el esfuerzo de una coordinación internacional comprenden (por ejemplo) los siguientes casos.

El Cártel de Vitaminas: 1990 – 1999

65. En gran parte de la década de 1990, los mayores productores de vitaminas del mundo (Hoffman-La Roche AG, BASF AG, Aventis S.A, Merck KgA y Solvay Pharmaceuticals) conformaron un cártel para repartirse el mercado. Los productores conspiraron para elevar y fijar precios y asignarse cuotas de mercado para ciertas vitaminas que se comercializaban en todo el mundo. Esto eliminó la competencia en el mercado e implicó que durante ese período los consumidores pagaran precios artificialmente elevados por las vitaminas A, B2, B5, C, E y betacaroteno.
66. Este caso presentó un paso hacia adelante en términos de actividad coordinada para acatar la ley fuera de EE.UU.. Al menos ocho jurisdicciones emprendieron investigaciones formales de fijación de precios, a saber: Australia, Brasil, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda, Suiza y la Unión Europea. La Oficina Canadiense de Competencia (CCB, por sus siglas en inglés) en particular pudo aprovechar de estos acuerdos de cooperación de larga data, así como de años de verdadera coordinación en temas asociados a los cárteles junto con el Departamento de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica para llevar a cabo con éxito su investigación.

Pantallas de Cristal Líquido (LCD) 2001-2006

67. El cártel de las LCD consistió en un pacto para la fijación de precios entre los principales fabricantes de pantallas planas, tales como LG Display de Corea del Sur, Sharp de Japón y Chunghwa Picture Tubes de Taiwán. Este cártel fue investigado y multado por las autoridades competentes de tres continentes. La investigación comprendió los esfuerzos aunados de las autoridades en Asia, Europa y EE.UU.

Mangueras marinas 1986 - 2007

68. La investigación y el enjuiciamiento del cártel de *mangueras de barcos marinos (mangueras marinas o marine hose)* consistió igualmente en una acción coordinada. Las autoridades de la CE, Corea del Sur, EE.UU., Japón y el Reino Unido investigaron conjuntamente el cártel que involucraba los acuerdos para ofrecer bienes y servicios a determinados precios en las ofertas de licitación, fijación de precios y repartición del mercado entre los ejecutivos de una serie de empresas que fabricaban mangueras marinas utilizadas en la industria petrolera. Las autoridades de la CE y los EE.UU.

realizaron simultáneamente allanamientos en distintos lugares en todo el mundo.

Cártel de las Líneas Aéreas 1999-2006

69. Respecto del caso mencionado al comienzo del presente estudio, la investigación internacional más reciente ha sido la del cártel de las líneas aéreas. Actualmente se realizan investigaciones de largo alcance en tres continentes. Una vez más, gran parte del éxito de estas investigaciones se debe a la coordinación, así como a la mayor convergencia en el contenido normativo y de procedimiento en los marcos legales de las jurisdicciones involucradas.
70. Los casos anteriores apuntan a la existencia de un compromiso conjunto para combatir los cárteles internacionales y para el establecimiento de relaciones de cooperación entre los organismos pertinentes en todo el mundo. Sin embargo, estos casos demuestran así mismo que aún queda una serie de factores que hay que mejorar. Las diferencias en cuanto al procedimiento en las disposiciones sustantivas entre los distintos regímenes, la ausencia de salvaguardas relativas a la confidencialidad, la disímil cooperación entre las autoridades, los impedimentos legales para revelar información confidencial, las restricciones a la admisión de las pruebas que se derivan de los esfuerzos de cooperación y el riesgo de que la información que se comparte resulte afectada o comprometida por la autoridad que la suministra son apenas algunos factores.
71. Por ejemplo, en el caso de las *Vitaminas*, los acuerdos de clemencia de Estados Unidos y la CE impidieron compartir con otras autoridades la información clave que se obtuviera de los solicitantes de este beneficio durante las investigaciones. Esto constituyó un desafío importante en la investigación de Brasil. Sin embargo, las autoridades brasileñas sí se beneficiaron de una estrecha cooperación informal con sus homólogos canadienses, quienes ofrecieron avances sobre lo que debía investigarse con exactitud. Esto demuestra la efectividad de las redes informales aunque no exista ningún acuerdo oficial de cooperación.
72. La situación anterior también pone de manifiesto los desafíos que se enfrentan en relación con la cooperación para acatar las leyes ante la variedad de disposiciones normativas en las distintas jurisdicciones. En ese momento, Brasil no contaba con un programa de clemencia y por ende, no era capaz de atraer el mismo grado de cooperación de los integrantes de los cárteles como en otras jurisdicciones.
73. Por su parte, la Comisión de Comercio Justo de Japón (JFTC, por sus siglas en inglés) en esta investigación del cártel de las *Vitaminas* estima que tuvo una decepción, ya que debido a las dificultades para obtener información fue incapaz de emprender acciones legales contundentes así como de imponer multas. Lo único que pudo hacer fue emitir una guía administrativa donde se aconsejaba a las compañías que se abstuviesen de tales conductas en el futuro. La JFTC atribuyó este revés en parte a la falta de un programa de clemencia. Al igual que en el caso de Brasil, esto limitó su capacidad de obtener información para investigar apropiadamente al cártel. Igualmente, llama la atención la falta de cooperación entre la JFTC y las autoridades de Estados Unidos y la Unión Europea, dada la imposibilidad de intercambiar información.

74. Otro aspecto que se extrae del caso de las *Vitaminas* es que a excepción de Brasil, México y Lituania, no se emprendió ninguna acción judicial en Europa Central y Oriental, África, ni Latinoamérica. Este patrón no ha cambiado significativamente con los casos más recientes, antes señalados. Los estudios de la OCDE en 2001 dan cuenta de la escasa cooperación en los casos de cárteles entre sus Estados Miembros y aquellos que no forman parte de la organización, muchos de los cuales son países en desarrollo. Las autoridades de competencia de EE.UU. enfatizaron en su respuesta al cuestionario que las solicitudes de los países en desarrollo para la cooperación o asistencia en determinados casos siguen siendo extraordinariamente raras pese al hecho de que la información sobre el personal de contacto en el Departamento de Justicia se encuentra fácilmente a la disposición en su sitio electrónico (o página web).
75. Se han dado distintas razones para explicar tal ausencia de cooperación por parte de los países en desarrollo: el poco tiempo de las autoridades de competencia en el mundo en desarrollo; la carencia de un enfoque en la actividad de los cárteles y la ausencia de relaciones bilaterales o multilaterales con otras jurisdicciones. Además, para los países en desarrollo la cooperación pudiera complicar aún más la situación de lo que significa investigar a los cárteles. El escrutinio de la información frente a los requerimientos legales en cada país resulta una tarea compleja y onerosa, más aún para los países que carecen de una sólida estructura administrativa.
76. Cualquiera que sea el motivo, no aleja de la realidad el hecho de que los cárteles internacionales como el de las *vitaminas* infligen más daño –en forma de sobreprecios– a esas economías que no cuentan con sistemas activos para acatar la ley contra los cárteles. (Ver Cuadro 1, *infra*, para un ejemplo fehaciente). En la reciente reunión del Foro Mundial sobre Competencia de la OCDE, se sugirió que una manera de sortear las dificultades y los gastos adicionales que enfrentan los países en desarrollo en la investigación de los cárteles internacionales consiste en “alinearse” con las investigaciones de los organismos más avanzados.

Cooperación y Clemencia

77. La clemencia (o amnistía) en el contexto de las investigaciones de cárteles alude a la práctica de otorgar una reducción o perdón de las sanciones y multas que puedan surgir de una investigación a las partes que dieron a conocer sobre la existencia del cártel ante la autoridad de competencia y que de allí en adelante prestaron toda su colaboración. Tal como quedó demostrado con el caso de las *Vitaminas* y otros, la clemencia o indulgencia constituye una herramienta eficaz en la detección de los cárteles, promueve la colaboración de los solicitantes al programa de clemencia y amplía el acceso a importante información.
78. El resumen anterior sobre los cárteles apunta al hecho de que la mayor coordinación y cooperación entre las autoridades ha facilitado la convergencia en los programas de clemencia. Muchos países han copiado el modelo de EE.UU. para elaborar sus programas. Por ejemplo: Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, Japón, Irlanda y el Reino Unido anunciaron de manera reciente sobre programas nuevos de clemencia o su revisión. Otros países están tomando acciones semejantes. Este avance quizá sea uno de los motores más importantes para impulsar la cooperación

entre las autoridades, particularmente donde los solicitantes del beneficio renuncian al derecho de confidencialidad.

79. Sin embargo, el carácter internacional de muchos cárteles hoy en día implica falta de coherencia en los programas de clemencia entre una jurisdicción y otra pudiera disuadir a los solicitantes para que no se pronuncien. Hansen subraya diversos desafíos que confrontan los solicitantes de este beneficio, lo cual desalienta la colaboración que ellos puedan brindar, a la vez que entorpece la cooperación entre las autoridades competentes. Estos desafíos comprenden:

- Distintas etapas en la fase de investigación.
- Disímiles requisitos para el solicitante para poder solicitar la clemencia e inmunidad.
- Diferente ámbito de aplicación de los procedimientos y, por ende, pautas divergentes para la clemencia e inmunidad.
- “Filtración” de la información de las jurisdicciones que cuentan con programas de clemencia hacia otras que no los tienen.
- Riesgo de que la evidencia caiga en manos de terceras personas, como son los demandantes / denunciadores.
- Dificultad para conciliar la posibilidad de utilizar testigos.
- Incapacidad de cumplir con los estrictos requisitos de confidencialidad en los regímenes de clemencia (como el de la Unión Europea).
- Restricciones legales nacionales a las autoridades.

80. Los esfuerzos para promover múltiples solicitudes de clemencia y obtener la autorización de los solicitantes de clemencia que les permitan a las autoridades cotejar la información que estos proporcionen de alguna manera llevarán a resolver estos aspectos. Claro está, la solución se limita donde hay diferencias fundamentales en el sistema legal de regímenes tales como las reglas de confidencialidad y la petición de pruebas ante los tribunales.

CONCENTRACIONES y FUSIONES

81. La proliferación mundial de los regímenes para controlar las concentraciones (fusiones) tiene la ventaja de mejorar la supervisión de estas actividades, lo que a su vez reduce la dominancia de mercados que perjudica el desempeño económico y el bienestar del consumidor. No obstante, sin la cooperación entre las autoridades competentes habrá dificultades o reveses en este sentido. Desde la perspectiva empresarial, se añade la complejidad, incertidumbre legal y costos en el proceso de aprobación de las fusiones. Este caso en particular se suscita si existen múltiples notificaciones de fusión en diversas jurisdicciones donde tienen distintos destinatarios y el control de concentración y autorización, se hacen en momentos dispares. Desde la perspectiva de las autoridades competentes, una concentración pudiera generar decisiones incongruentes o contradictorias. Países desarrollados y en desarrollo por igual han hecho hincapié en la importancia de la cooperación en la reglamentación de las concentraciones transfronterizas.⁸

⁸ Véanse por ejemplo, los aportes de los países a las conversaciones en las mesas redondas sobre *Control de fusiones transfronterizas: Desafíos para las economías en desarrollo y emergentes*, en el reciente Foro Mundial sobre Competencia, auspiciado por la OCDE.
http://www.oecd.org/document/52/0,3746,en_2649_37463_46076788_1_1_1_37463,00.html

82. La cooperación inicial en el examen de las concentraciones internacionales se centró en Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea, aunque su praxis se ha extendido. Una vez más, la RIC ha propiciado la convergencia a través de su Grupo de Trabajo de Fusiones.⁹ El profesor John Parisi, del Departamento de Justicia de EE.UU., expone sobre el tipo de cooperación que se acostumbra entre las autoridades estadounidenses en relación con una típica fusión, objeto de examen por las autoridades estadounidenses y que involucra a compañías domiciliadas en Europa.¹⁰ Entre sus comentarios, destacan los siguientes aspectos:

Fase de notificación previa

83. Por lo general, con base a comunicados de prensa que dan cuenta de una posible fusión, las autoridades de EE.UU. y la CE se ponen sobre aviso para examinar la posible fusión y determinar si tienen competencia en la materia. Una vez en contacto con las partes que tienen previsto fusionarse, los funcionarios de las autoridades averiguan si hay notificación sobre la fusión en otras jurisdicciones y tratarán de coordinar sus exámenes y revisión, incluida la renuncia a la confidencialidad.

Fase de investigación

84. La autoridad estadounidense notifica formalmente a los gobiernos de la parte o partes afectadas que se ha iniciado la investigación de una fusión que pudiera involucrar a un tercer país, conforme a las Recomendaciones de la OCDE o cualquier otro acuerdo bilateral que esté vigente. La prioridad, una vez establecida la comunicación entre las autoridades, consiste en establecer el cronograma de trabajo. Las distintas reglas de procedimiento pudieran convertir este acto en algo retador. Por ejemplo, mientras los reglamentos de la CE estipulan un cronograma que depende de la notificación, la reglamentación en EE.UU. permite un cronograma indefinido después que se emite una segunda solicitud.

85. En relación con el análisis sustantivo, los funcionarios de la autoridad comparten el análisis con el objeto de definir cuáles son los mercados relevantes. Esto se basa en las conclusiones previas respecto del ámbito de aplicación del mercado relevante. En la práctica, el enfoque tanto de EE.UU. como de la CE es semejante. En cuanto al intercambio de información, los acuerdos bilaterales, recomendaciones y las mejores prácticas en general estipulan que las autoridades de Estados Unidos y de la CE pueden compartir cualquier información que no les prohíban sus leyes y que cada autoridad debe mantener confidencial la información que le suministre la otra parte.

86. Con respecto al acuerdo entre Estados Unidos y la CE, la información que puede compartirse entre las autoridades comprende:

- Información de conocimiento público.
- Información confidencial donde las partes que la suministran han renunciado a la condición de confidencialidad.
- “Información de autoridad” confidencial, como es el hecho que una autoridad ha abierto un expediente, el calendario para la revisión de la concentración, la manera en que los funcionarios analizan el caso,

⁹ Ver, por ejemplo, las prácticas recomendadas por la RIC para el aviso de fusión y los procedimientos para el examen en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

¹⁰ Ver John Parisi, "Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities", de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (2010).

incluida la determinación del mercado relevante, la ponderación de los efectos competitivos y los posibles reparos.

La “información de autoridad” se contrasta con la “información empresarial” confidencial, que pudiera comprender información tal como notificación de una fusión, las respuestas a testimonios o la identidad de los denunciantes o de los testigos.

Determinación de las medidas de reparación

87. Las autoridades cooperan y analizan e intercambian ideas en torno a las acciones de reparación, medidas o compensación. Así, por ejemplo, en el caso donde los efectos anticompetitivos se superponen en ambas jurisdicciones, se evitan conflictos y se promueve un reparo que satisfaga a cada jurisdicción. En las últimas dos décadas ha habido una convergencia notable entre las autoridades en cuanto a las metodologías empleadas para analizar las concentraciones, las herramientas económicas y econométricas que se aplican durante el análisis y la aplicación de los reparos.

Cooperación en determinados casos

88. A continuación se presentan ejemplos de casos de cooperación sobre concentraciones.

WorldCom/MCI y MCI WorldCom/Sprint (1997)

89. En este caso, las investigaciones de la CE y Estados Unidos se emprendieron en paralelo. La cooperación consistió en contactos casi a diario entre los equipos de ambas autoridades, así como la recolección coordinada de información, reuniones y negociaciones conjuntas con las partes y análisis de los posibles reparos. Este caso se benefició de las renunciaciones de confidencialidad otorgada por las partes. Así, ambas autoridades pudieron compartir los resultados de su investigación en el mercado, incluidas las respuestas de terceros interesados.

General Electric/Instrumentarium (2002)

90. En este caso, la CE y Estados Unidos declararon cada uno por su lado que el mercado relevante de producto era ligeramente diferentes. Decidieron que el receptor del traspaso en el negocio fuera una filial domiciliada en Estados Unidos. Se esforzaron por coordinar el establecimiento de los reparos a fin de no imponer obligaciones incongruentes. Por ejemplo, el Departamento de Justicia de Estados Unidos enmendó su decreto de consentimiento para dejar en claro que consultaría de buena fe con la CE para dar con un agente fiduciario común para la supervisión de los reparos y medidas a ser efectuadas por las partes.

Alcan/Pechiney (2003)

91. Este caso involucró igualmente la cooperación internacional, mas no al mismo nivel. El Departamento de Justicia de Estados Unidos trató esta investigación tanto con la Comisión Europea como con la Oficina Canadiense de Competencia. El Departamento de Justicia y las autoridades canadienses sostuvieron entrevistas con diversos clientes porque la empresa adquirente (Alcan), ya que algunos consumidores afectados (fabricantes de vehículos y de autopartes) y al menos un competidor estaban domiciliados en Canadá y porque los activos que se traspasarían se encontraban en Estados Unidos. Los canadienses quedaron satisfechos en que la orden de enajenación para

autorizar la concentración dictada por Estados Unidos cumplía con los intereses de la autoridad canadiense.

Cooperación en el ámbito de las concentraciones entre otros países aparte de Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea

92. Ahora se produce mayor cooperación en los casos de concentraciones que no involucran a las autoridades de EE.UU. y de la CE. Por ejemplo, las autoridades de competencia de Zambia y Zimbabwe se consultaron entre sí y con sus pares australianos durante la evaluación de la fusión de *Coca-Cola/Schweppes* en 1998. Adicionalmente, las autoridades de Zambia y Zimbabwe emprendieron amplias consultas durante la fusión de *Rothams of Pall Mal/British American Tobacco* (1999), a fin de tomar las decisiones apropiadas dada su cercanía geográfica y similitud económica.

Otros desafíos

93. La experiencia de cooperación entre EE.UU. y la CE ofrece un ejemplo útil de las ventajas que pueden obtenerse en el examen de concentraciones transfronterizas. También es digna de apreciar la relación de colaboración entre Australia y Nueva Zelanda como otro ejemplo exitoso de la cooperación bilateral en el control de las concentraciones y la ley de competencia en general. Aunque el mayor grado de cooperación en el control de concentraciones en los últimos 20 años es ostensible, aún queda camino por recorrer para frenar los efectos anticompetitivos, particularmente los que traspasan fronteras. La problemática por la situación actual en términos de cooperación son las siguientes:

- Falta de transparencia en el proceso de cooperación en los casos de concentración. La comunidad empresarial es particularmente crítica en torno a esto.
- Los beneficios de las partes privadas que cooperan y comparten información no están garantizados por los riesgos legales asociados a posibles sanciones significativas, distintas leyes sustantivas, las diferencias en los cronogramas de investigación y la posibilidad de que se malinterprete la información preparada con otro sistema legal en mente.
- Algunos exámenes de concentración han producido resultados divergentes aun cuando las autoridades de Estados Unidos y la Unión Europea cooperaron estrechamente. Ejemplo: *General Electric/Honeywell* y *Boeing/McDonnell Douglas*.
- Nuevamente, el grado de cooperación que disfruta los EE.UU. y la CE no es igual al de los Estados menos desarrollados con regímenes de competencia no tan modernos.

IV. Conclusión y Preguntas para debate

94. Actualmente, existe amplio consenso en cuanto a que la cooperación entre las autoridades de competencia es necesaria pero no basta para acometer las conductas anticompetitivas en la economía mundial. Ha existido un crecimiento significativo en la creación de autoridades de competencia en todo el mundo y, a su vez se ha mejorado la comunicación entre ellas. Diversas herramientas -que van desde los acuerdos formales hasta las conversaciones telefónicas informales- también se encuentran disponibles, lo que permite interacción y mejores relaciones entre las autoridades, facilita la

cooperación y produce mayor convergencia. En muchas jurisdicciones, estas herramientas de cooperación forman parte integral de su procedimiento.

95. Empero, aún queda camino por recorrer a fin de que las noveles autoridades de competencia, o aquellas de economías pequeñas o en desarrollo, puedan sacar provecho de la cooperación. Muchas de estas autoridades forman parte de acuerdos bilaterales o regionales ineficaces, aun cuando la cooperación pudiera exigir tan poco como entrenamiento conjunto y disponibilidad recíproca para comentar sobre los proyectos de legislación y sus directrices. Para las jurisdicciones más avanzadas, la celebración de acuerdos bilaterales con sus homólogos de países menos desarrollados no entrañaría grandes beneficios inmediatos. Sin embargo, a largo plazo, la mayor articulación en las políticas de competencia que sigue a las reiteradas interacciones redundaría en el desarrollo económico de ambas jurisdicciones.

V. Planteamientos para el debate

1. ¿De qué manera puede alentarse una mayor cooperación entre los países en desarrollo?
2. ¿Las reglas multilaterales acordadas y existentes sobre competencia son realistas en el futuro próximo?
3. ¿Cómo pudiéramos igualar el terreno entre los países desarrollados y los países en desarrollo en términos de los beneficios de la cooperación en competencia?
4. ¿De qué manera pudieran aprovecharse los acuerdos regionales para que tengan un mayor efecto del que tienen actualmente a fin de propiciar una mayor cooperación?
5. ¿Los términos de cooperación en competencia deberían estipularse en los acuerdos bilaterales de comercio?