

**Intergovernmental Group of Experts on Competition Law
and Policy, Fourteenth Session**

Geneva, 8-10 July 2014

Roundtable on:
**Informal Cooperation among Competition
Agencies on Specific Cases**

**Contribution
by
Peru**

The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the
views of UNCTAD

1. Introducción

Los Estados, a través de sus agencias de competencia, tienen como misión velar por el interés de sus ciudadanos, promoviendo el bienestar general y el proceso competitivo en el mercado. Para ello, debe garantizar que la competencia no sea falseada o distorsionada por la acción ilegal de algunas empresas que finalmente perjudiquen el interés general.

Para ello resulta importante que exista una legislación que sancione a los empresarios que atentan contra la competencia del mercado y que permita a la autoridad realizar labores de oficio que los faculte a superar los siguientes inconvenientes: (i) la falta de incentivos que tienen los agentes del mercado para denunciar porque el procedimiento en sede administrativa es relativamente barato; (ii) el problema del tiempo porque los procedimientos por lo general son relativamente cortos; y, (iii) el problema de los costos de información ya que, a diferencia de los administrados, la autoridad dispone de medios legales que facilitan la investigación de las conductas.

En junio de 2008, el Gobierno peruano aprobó el Decreto Legislativo 1034¹ (en adelante, la Ley de Competencia), introduciendo cambios en nuestra política de competencia, que se encontraran alineadas con los principios de la UNCTAD y diseñadas para estimular la competencia en todos los sectores económicos. La Ley de Competencia tiene como objeto la represión de conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Para cumplir este objetivo, señala que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) podrá perseguir conductas anticompetitivas que, independientemente de su origen geográfico, afecten mercados dentro de nuestro territorio nacional.

Sin embargo, cuando las conductas anticompetitivas –especialmente, cárteles– ocurren en el extranjero, se torna sumamente difícil para la Comisión (como para otras autoridades de competencia alrededor del mundo) investigar, perseguir y sancionar dichas conductas, debido a las limitaciones presupuestales y legales que impiden desarrollar una fuerte estrategia de aplicación de las normas de competencia nacionales.

En atención a ello, el Decreto Legislativo 1033² (en adelante, la Ley de Indecopi) y la Ley de Competencia han establecido reglas dirigidas a reforzar la capacidad de la Comisión para aplicar sus normas en el extranjero. Como veremos a continuación, estas reglas han permitido al Indecopi desarrollar canales formales e informales de cooperación con agencias extranjeras, como una forma de combatir el creciente problema de los cárteles internacionales en el actual proceso de globalización.

¹ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

² Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, publicado el 25 de junio de 2008.

2. Canales de cooperación. Mecanismos de cooperación utilizados por el Indecopi

Podemos dividir los canales de cooperación existentes básicamente en dos: canales formales y canales informales. A continuación reseñamos el fundamento legal y la aplicación de cada uno de ellos en nuestro país.

▪ Canales formales

En relación con los canales formales, la Ley de Indecopi ha establecido que el Presidente del Consejo Directivo del Indecopi, en su calidad de representante institucional, puede suscribir acuerdos formales de cooperación con autoridades de competencia extranjeras:

“Artículo 7.- Del Presidente del Consejo Directivo.-

7.2 El Presidente del Consejo Directivo es la autoridad interna de mayor nivel jerárquico del INDECOPI y como tal, el representante institucional.

7.3 Son funciones del Presidente del Consejo Directivo:

- d) Representar al INDECOPI ante cualquier autoridad nacional e internacional, incluidos los organismos de cooperación técnica, pudiendo delegar dicha representación;*
- e) Suscribir convenios de cooperación interinstitucional con entidades nacionales o extranjeras”.*

[Énfasis agregado]

Asimismo, la Ley de Competencia ha establecido que, en virtud al principio de reciprocidad, el Indecopi puede suscribir convenios de cooperación interinstitucional y la Comisión puede realizar actividades de cooperación sobre conductas con efectos transfronterizos:

“Tercera Disposición Complementaria Final.- Investigación de conductas con efectos fuera del país.-

En el marco exclusivo de un acuerdo internacional, y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá investigar, de conformidad con la presente Ley, conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que forman parte del referido acuerdo.

De igual modo, en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo con arreglo a un acuerdo internacional, y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá intercambiar información, incluyendo información confidencial, con las autoridades competentes de los países que formen parte de dichos Acuerdos.”

[Énfasis agregado]

Bajo los alcances de estas atribuciones, en tiempos recientes el Indecopi ha mejorado sustancialmente sus relaciones con autoridades de competencia extranjeras, firmando acuerdos de cooperación interinstitucional e incorporándose a organismos o redes de cooperación regionales e internacionales. En los últimos años, Indecopi ha suscrito acuerdos con autoridades de competencia de Chile (2010), Colombia (2011) y Brasil (2012).

Asimismo, Indecopi también ha suscrito un Memorando de Entendimiento con COMPAL-UNCTAD (2009) y es parte de la Alianza Interamericana de Defensa de la Competencia (2010) junto con Argentina, Barbados, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Caricom, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Otro punto importante a destacar es que dentro del marco de los Acuerdos de Libre Comercio suscritos por el Perú, el Indecopi es responsable de la coordinación y la cooperación con autoridades de competencia de las otras partes signatarias. En efecto, el Perú ha suscrito tratados comerciales con la Comunidad Andina, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, México, Corea del Sur y la Unión Europea, entre otros. Cabe señalar que, aunque estos instrumentos han sido por el Estado Peruano y no directamente por el Indecopi, la agencia tiene el papel fundamental de desarrollar sus reglas para beneficio del libre intercambio comercial y la protección de los consumidores y además constituyen una plataforma de cooperación importante, dado que en los capítulos de competencia establece disposiciones sobre mecanismos de cooperación y consulta, e incluso en el caso de los tratados suscritos con Chile y Estados Unidos, señala que pueden constituirse Grupos de Trabajo para el estudio y análisis de la legislación, casos y temas de interés común, lo que en definitiva acerca a las partes intervinientes en los acuerdos. Adicionalmente, en marzo de 2014 y en el marco de estos tratados, la Secretaría Técnica inició consultas con la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a determinados mercados, nos encontramos a la espera de la respuesta.

Las principales reglas establecidas en los acuerdos antes mencionados se encuentran dirigidas a crear una relación mutua en torno a tres ejes centrales:

1. ***Intercambio de información***; incluyendo el compromiso de absolver consultas acerca de la forma en que las respectivas normas de competencia son aplicadas y de enviar documentos relevantes como resoluciones, decisiones, informes, guías, directivas, entre otros.
2. ***Actividades de aplicación conjunta***; incluyendo la posibilidad de coordinar y colaborar en la realización de actividades de aplicación de las normas de competencia y el compromiso de notificar a la otra parte acerca de actividades de aplicación que puedan afectar sus intereses.
3. ***Asistencia técnica***; permitiendo a cada parte beneficiarse de la experiencia de la otra parte, incluyendo la posibilidad de realizar reuniones, conferencias, seminarios, cursos, talleres, visitas e intercambios, entre otros.

Como puede observarse, se ha desarrollado una fuerte estructura legal para la cooperación entre Indecopi y las autoridades de competencia extranjeras. Sin embargo, la aplicación efectiva de estas reglas a casos concretos, en la práctica, ha sido sumamente limitada hasta la fecha. En efecto, en la gran mayoría de casos, Indecopi aún no ha tenido la oportunidad de emprender acciones conjuntas de aplicación de las normas de competencia con alguna autoridad extranjera. Tampoco se han utilizado estos instrumentos para realizar intercambios formales de información con las agencias de otros países. Una excepción ha sido la realización de diversas actividades de promoción de la competencia a nivel nacional, bajo los alcances del Memorando de Entendimiento suscrito con COMPAL³, que incluso permitió dos funcionarios de Indecopi –elegidos mediante concurso– viajar al Reino Unido en octubre de 2013 y beneficiarse de un programa de capacitación en materia de competencia brindado por la Universidad de Oxford⁴.

³ El Programa Compal II corresponde a la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) y es financiado por la Secretaría de Estado de Economía del Gobierno Suizo (SECO).

⁴ Se trata del Capacity Building Programme brindado por el Centre for Competition Law and Policy de la Universidad de Oxford (Reino Unido), a cargo del profesor Ariel Ezrachi.

Los obstáculos principales a la aplicación de canales formales son, por un lado, los bajos niveles de cooperación que existe entre las agencias de competencia de América Latina⁵ y la diferente regulación existente en los países de las partes involucradas que limita el nivel de intercambio de información o la realización de actividades de investigación⁶ y, por otro lado, los límites presupuestales que impiden generalizar actividades de asistencia técnica.

En este contexto, se hace indispensable buscar mecanismos de colaboración menos rígidos que permitan un efectivo acercamiento entre las autoridades de competencia de diversos países. Es por ello que el Indecopi ha optado por recurrir a canales informales que le ayuden a mejorar su desempeño en relación con conductas anticompetitivas ocurridas en el extranjero, que tengan o puedan tener efectos en el país.

▪ **Canales informales**

En relación con los canales informales, las actividades de coordinación, cooperación e intercambio de información no tiene sustento en acuerdos previamente suscritos. Es decir, que puede darse entre autoridades de competencia que no han suscrito acuerdos de cooperación o que, teniéndolos, no los utilizan bajo las reglas formales establecidos en ellos. En el caso peruano, la cooperación informal se ha canalizado principalmente a través del órgano instructor de los procedimientos administrativos sancionadores por conductas anticompetitivas que es la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

Si bien la cooperación informal no se encuentra reconocida expresamente, la capacidad de contactar autoridades de competencia internacionales para obtener información que le permita maximizar la eficacia de sus actividades de investigación e instrucción derivan de las disposiciones generales que le atribuyen competencias:

“Ley del Indecopi

Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.-

44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:

⁵ Si bien las agencias de competencia de la región han celebrado diversos acuerdos de cooperación, se evidencia aún un problema de disponibilidad de instrumentos eficaces para la cooperación y confianza entre las agencias, lo que origina como consecuencia que exista poca cooperación entre las agencias y que por tanto, muchas de las prácticas anticompetitivas no sean detectadas.

⁶ El reconocimiento adecuado de las pruebas reunidas en el exterior y la dificultad en el intercambio de información en las investigaciones son los temas que por lo general, generan mayor problema entre las agencias de competencia. Algunos factores que contribuyen a este hecho son:

➤ Existen diferentes definiciones del concepto de “información confidencial” entre los países, lo que implica que una determinada información puede ser compartida por algunas agencias pero no por otras. Esto ha creado limitaciones significativas en el tipo de información que se puede compartir (por ejemplo, la información generada por la agencia de competencia). Esto puede conllevar un círculo vicioso, pues al no existir definición común de este concepto una agencia puede no saber que otra agencia de la región se encuentra investigando el mismo caso.⁶

➤ La falta aparente de compromiso en el intercambio de información confidencial que puede ser explicado por el efecto de los acuerdos de competencia. Los acuerdos entre estos países son bastante recientes y desde su vigencia no ha habido casos en los que el intercambio de información confidencial haya sido necesario para resolver casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas, lo cual no implica que de haberse dado el intercambio, el nivel de las investigaciones pudo haber sido mayor.

➤ La confidencialidad no sólo afecta en el desarrollo de la investigación, sino que también puede dañar el interés legítimo y el derecho de los sujetos o empresas objeto de la investigación que pueden haber suscrito cláusulas de confidencialidad profesional y de negocios.

➤ Falta de confianza mutua entre las autoridades de competencia.

➤ Viabilidad legal del intercambio de información confidencial producto de los acuerdos comerciales.

- b) *Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio para la resolución de los asuntos sometidos a su competencia;*
- c) *Realizar acciones de prevención e investigaciones preliminares.*”

[Énfasis agregado]

“Ley de Competencia

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) *Efectuar investigaciones preliminares;*
- e) *Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, y ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI.*”

[Énfasis agregado]

En ese sentido, la Secretaría Técnica utiliza la cooperación, mediante vías informales, como un instrumento adicional para mejorar la probabilidad de éxito en el ejercicio de las competencias que le ha otorgado el marco normativo vigente, tanto en la fase de investigaciones preliminares, como en las investigaciones que se llevan a cabo durante la tramitación de procedimientos sancionadores.

Esta cooperación informal se materializa, básicamente, en contactos telefónicos donde los funcionarios de las agencias involucradas pueden compartir información general sobre distintos temas, fundamentalmente los siguientes:

- a. Aplicación de sus normas de competencia.- Se trata de consultas sobre la forma en que cada agencia interpreta sus propias normas de competencia. Las consultas se realizan sobre situaciones hipotéticas o sobre casos ya resueltos (no se revela información confidencial) y tienen como objetivo entender el alcance de la aplicación de las normas de competencia en situaciones de interés para la autoridad consultante.
- b. Mercados investigados.- Se trata de intercambios de información entre las autoridades de competencia que permiten saber qué mercados son los que provocan una mayor preocupación a cada una. Son sumamente útiles en el caso de mercados regionales o globales, debido a que pueden hacer que las agencias presten atención a mercados donde existen pruebas o sospechas sobre conductas anticompetitivas.
- c. Posibles prácticas.- Sin brindar información detallada ni confidencial, en algunas ocasiones las autoridades de competencia pueden comunicar el tipo de conductas anticompetitivas que están evaluando en determinados mercados.
- d. Estrategias de investigación.- Este es el tipo de contacto informal más cercano entre las autoridades de competencia, puesto que implica un cierto nivel de intercambio de información acerca del diseño y ejecución de una estrategia de investigación. Este tipo de contacto es sumamente limitado y en ningún caso se realiza cuando existe algún impedimento legal, material o estratégico.

Otro de los mecanismos que facilita la cooperación informal entre agencias de competencia son los llamados «*waiver*» que otorgan alguno de los agentes investigados en el marco de un procedimiento de colaboración (programa de clemencia⁷) y que han permitido a la Secretaría Técnica intercambiar información relevante para sus actividades de investigación e instrucción de procedimientos sancionadores.

Especial atención merece el documento denominado «Declaración de Lima», que fue suscrito en setiembre de 2013, en el contexto del XI Foro Latinoamericano sobre Competencia (OCDE – BID)⁸. Este documento fue suscrito por el Indecopi conjuntamente con Chile y Colombia, es un instrumento de gran importancia dirigido a reforzar los lazos de cooperación y actividades de capacitación en materia de aplicación de las normas de competencia entre los países signatarios. Este documento tiene características muy especiales, porque si bien constituye un documento formal, su objetivo es crear un espacio de intercambio de experiencias, capacitación y otros, en el marco de **reuniones informales** como veremos a continuación:

DECLARACIÓN DE LIMA

Las Agencias o Servicios de Defensa de la Competencia (Agencias) de Chile (Fiscalía Nacional Económica), Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio) y Perú (...)

(...) HAN ACORDADO LO SIGUIENTE:

*PRIMERO: Crear un espacio de intercambio de experiencias y capacitación entre las Agencias de Chile, Colombia y Perú, en donde se podrá compartir experiencias acumuladas en el cumplimiento de la normativa que rige a cada Agencia, analizar y estudiar temas que interesen a todas las Agencias, sean jurídicos y/o económicos, y discutir los pasos a seguir para mejorar los niveles de integración entre las Agencias, a través de **reuniones informales** que se llevarán a cabo en forma periódica, aprovechando los foros internacionales y regionales. (...)*

[Énfasis agregado]

Como podemos apreciar, dado que en la actualidad los mecanismos de cooperación formal establecidos en los distintos convenios no han sido explotados al 100% por los motivos detallados al inicio de este trabajo, Indecopi identificó la necesidad de contar con un instrumento con la característica de propiciar un acercamiento entre las agencias de competencia de América Latina, mediante el uso de mecanismos informales. Esta necesidad, en efecto ha sido cubierta en parte por la **Declaración de Lima**, ya que ha propiciado el acercamiento entre las agencias de competencia de Chile, Colombia y Perú, indicando expresamente además, que cualquier otra agencia de América Latina puede adherirse a esta declaración, si existe acuerdo unánime en tal sentido por parte de las agencias.

Efectuando una evaluación de resultados, en el marco de la **Declaración de Lima** se han mantenido reuniones informales trilaterales con Colombia y Chile por una investigación en común, las cuales han tenido como consecuencia un mayor conocimiento y acercamiento entre las partes que han dado lugar a posteriores reuniones de carácter bilateral con cada uno de estos países por investigaciones que competen únicamente a dichas partes. Como podemos observar, si bien este instrumento ha sido

⁷ En el Perú, en programa de clemencia se rige por el artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, que establece un procedimiento de exoneración o reducción de sanción para los agentes que colaboren con la Secretaría Técnica y la Comisión aportando pruebas que permitan acreditar una infracción y sancionar a los involucrados.

⁸ Vale la pena mencionar que, a pesar de que el Perú no es todavía un miembro de OCDE, es un participante activo de sus foros y actividades en materia de libre competencia. En el 2013, el Perú fue elegido por OCDE como el «hub» regional en asuntos de competencia. De forma similar, el Indecopi fue elegido para presidir el Centro Regional de Competencia para América Latina, bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM).

suscrito hace menos de un (1) año, a la fecha ya arroja resultados favorables en las actividades de cooperación.⁹

Como se puede observar, la cooperación informal tiene la ventaja que, no estando sujeta a los rigores de un acuerdo formal, puede permitir a los funcionarios responsables del diseño y ejecución de las actividades de investigación y persecución de cárteles, conseguir información o ideas relevantes para maximizar su eficacia. Un efecto positivo adicional es que este tipo de contactos informales permite generar mayor confianza entre las agencias intervinientes que más adelante se traduce en la suscripción, reforzamiento o efectiva aplicación de acuerdos formales de cooperación (es decir, tienen un efecto de *feedback* positivo).

3. Reflexiones finales

En el mundo globalizado en el que vivimos, resulta sumamente importante que exista cooperación entre las agencias a nivel mundial, considerando que en particular, determinadas prácticas anticompetitivas como los cárteles transfronterizos y las fusiones que restringen la competencia, tienen efectos transnacionales. En ese sentido, el Indecopi identificó la necesidad de trabajar de manera conjunta en contra de estas prácticas anticompetitivas para lo cual el acercamiento y la cooperación entre agencias resulta sumamente importante.

Como hemos analizado en este trabajo, la falta de cooperación se debe principalmente al poco acercamiento que existe entre las agencias y las diferencias existentes en los marcos legislativos de los países, que impiden que la cooperación formal tenga mayores resultados. Es en este punto, donde la cooperación informal puede jugar un rol estratégico, por lo que el Perú apostó por proponer la suscripción de un documento que propiciara el acercamiento y cooperación entre las agencias de competencia de América Latina, en particular Colombia, Chile y Perú, para que en el marco de reuniones informales puedan llevar a cabo actividades de cooperación en investigaciones que involucren un carácter transfronterizo. Este documento es la **Declaración de Lima**.

La alternativa de cooperación que brinda la **Declaración de Lima** actualmente resulta necesaria para aplicar las normas de competencia en las regiones de manera satisfactoria, teniendo en cuenta que es una realidad que algunas empresas multinacionales incurren en prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos y las agencias de competencia tienen que encontrarse en la capacidad de responder con la misma capacidad de acción y coordinación. A menos de un (1) año de su suscripción, este instrumento ha tenido resultados positivos, pues han servido como base para el acercamiento entre las agencias de Colombia, Chile y Perú, que han dado lugar a reuniones informales de carácter trilateral y bilateral, en investigaciones transnacionales de interés para los tres (3) países involucrados.

En ese sentido, y aunque aún resta mucho por hacer, resulta claro que el mayor acercamiento entre las distintas autoridades de competencia está trayendo buenos frutos y reforzando los lazos existentes entre los distintos países, lo cual constituye una plataforma importante para que en un futuro, no muy lejano, los instrumentos de cooperación formal como los Convenios suscritos entre

⁹ Los alcances de la investigación y las actividades de cooperación efectuadas en el marco de este caso no pueden ser detallados debido a que son confidenciales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Legislativo N° 1034: *“En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial.”*

agencias puedan ser explotados en su real magnitud y finalmente las prácticas anticompetitivas transfronterizas puedan ser perseguidas, investigadas y debidamente sancionadas, en beneficio de la protección de la competencia y el bienestar de los consumidores.