

Lecciones aprendidas a raíz de los casos de Oxígeno Líquido en América Latina: Recomendaciones para mejorar la cooperación en las investigaciones de carteles¹

- Borrador de trabajo -

Ginebra, Marzo 2013

¹ Este borrador de trabajo ha sido redactado en el marco del componente regional del *Programa COMPAL II* para el fortalecimiento institucional y de capacidades en el área de políticas de competencia y de protección al consumidor en América Latina. Este trabajo servirá de base para la discusión del próximo *Seminario Internacional sobre Contratación Pública* a celebrarse en la ciudad de Quito, Ecuador el 12 y 13 de marzo de 2013. El equipo COMPAL en Ginebra ha sido responsable de redactar este informe bajo la dirección del Sr. Pierre Horna, oficial responsable del Programa COMPAL, y la supervisión del Sr. Hassan Qaqaya, Director del departamento de políticas de competencia y protección al consumidor. Para más información sobre el COMPAL, visite <http://compal.unctad.org>. Email de contacto: compal@unctad.org

“...La cooperación internacional en la lucha contra los carteles globales ha aumentado progresivamente: si bien el nivel de cooperación se desarrolla dentro y entre algunas regiones, el reto será cada vez más el aplicar el mismo nivel de cooperación a todos los carteles regionales ...”²

El fortalecimiento de la cooperación entre autoridades de competencia para la investigación multi-jurisdiccional sobre la fijación de precios en los mercados latinoamericanos podría considerarse *a priori* no como prioritario, pues existen otros asuntos domésticos que conforman la agenda ordinaria de intervención de las autoridades de competencia. Por otro lado, existen limitaciones que impiden la aplicación de la legislación anti-carteles en América Latina a nivel nacional, sea la falta de recursos financieros y humanos, sea la falta de cultura de la competencia en la región. Por lo tanto, los esfuerzos debieran centrarse en diseñar primero una estrategia para asegurar la aplicación de la legislación anti-cartel a nivel nacional en los países latinoamericanos, una vez evaluado el impacto de los carteles regionales en los sus respectivos mercados.³

No empero, existen una serie de circunstancias por las que los carteles "nacionales" formados por las mismas empresas multinacionales operan de manera análoga en varias jurisdicciones. Cada uno de estos carteles tiene efectivamente efectos nacionales, y puesto que no existe un esquema global para identificarlos como un solo cartel internacional, su naturaleza formal es meramente nacional. Las empresas multinacionales operan en varios países, lo que les permite mantener un contacto fluido en varios mercados. Este contacto, al ser frecuente, facilita la formación y la viabilidad de carteles en la región, conformando carteles intra-regionales.

Las empresas multinacionales suministradoras de oxígeno líquido a los hospitales en varios países de América Latina incurrieron en prácticas colusorias en licitaciones públicas, a través de sus subsidiarias nacionales. Estas empresas observan los desarrollos y capacidades locales en la lucha anti-cartel en cada país y ajustan su conducta en consecuencia.⁴ La falta de progreso en la aplicación del Derecho de la competencia a nivel regional se contraponen al aumento de los flujos comerciales gracias a la multitud de acuerdos comerciales bilaterales y regionales. Ello cobra especial importancia en la región centroamericana, donde las empresas han encontrado motivos especiales para forjar alianzas empresariales.

Existen dos fenómenos que pueden deducirse de esta situación:

(i) La integración de empresas multinacionales y la integración regional vertical permiten conductas "glocales", ajustando su gobernanza corporativa a la legislación nacional de competencia. De este modo, su conducta puede ser ajustada a Derecho en sus actividades nacionales pero no así en aquellas transfronterizas (como es el caso con la fijación de precios de transferencia para evitar la doble imposición).

(ii) Esta dualidad en el comportamiento empresarial, dependiendo de si una empresa opera solo a nivel local o a nivel trans-fronterizo, puede generar incentivos a coludir e incurrir en fijación de precios internacional o formación de carteles de importación o exportación, lo que inevitablemente acarrea efectos en los distintos mercados locales.

² *JCN at ten*, 10^o Conferencia Anual de ICPEN, la Haya, p. 274-275.

³ Una de las recomendaciones de la UNCTAD para incrementar la cooperación entre autoridades de competencia de países en desarrollo es desarrollar su reputación y capacidades para que sus programas de clemencia sean atractivos y creíbles a ojos de los carteles internacionales. El programa global de la UNCTAD asiste a jóvenes autoridades de competencia en asegurar la aplicación de la ley anti-carteles. Para más información: *Cross-Border Anticompetitive Practices: The Challenges for Developing Countries and Economies in Transition*, nota del Secretariado de la UNCTAD, 2011.

⁴ La aplicación del Derecho de la competencia en América Latina se ha centrado en los sectores de bienes y servicios esenciales, por parte de las agencias más desarrolladas como Brasil, Chile y México. Las autoridades de Argentina y Venezuela obtuvieron buenos resultados en la década de los noventa y principios del dos mil. Las agencias de Costa Rica, Colombia y Perú han reforzado sus acciones de represión de carteles en consonancia con su rápido crecimiento económico a lo largo de la última década. Varios países promulgaron recientemente leyes de defensa de la competencia: Bolivia (2008), República Dominicana (2008), Ecuador (2011), El Salvador (2004), Honduras (2006), Nicaragua (2007), Uruguay (2009). Guatemala y Paraguay no cuentan con legislación relativa a la defensa de la competencia.

Estos dos factores son conocidos por las autoridades de la competencia y discutidos en foros regionales como el Grupo Centroamericano de Competencia, la Comunidad Andina o el MERCOSUR; y en foros internacionales como la Red Internacional de Competencia (ICN), la OCDE o la UNCTAD. En estos foros se ha generado una convergencia en forma de directrices no vinculantes que pueden ayudar a investigar y reprimir los efectos transfronterizos de los carteles, especialmente en países latinoamericanos.

A pesar de la conciencia sobre los daños que infligen los carteles internacionales a los mercados y consumidores locales, existen una serie de retos para la aplicación del Derecho de la competencia a nivel regional latinoamericano. Dichos retos abarcan tanto el intercambio de información (no confidencial y pública) cuando se investigan casos de naturaleza transfronteriza como el otorgar validez legal a los hechos probados en otras jurisdicciones cuando éstos sean relevantes para las investigaciones locales.

El presente trabajo está dividido en cuatro partes. En primer lugar, se repasará la casuística de siete jurisdicciones, identificando las similitudes y las divergencias. En segundo lugar, se ofrecerá un panorama general de los acuerdos de cooperación firmados por las jurisdicciones estudiadas. En tercer lugar, se identificarán las dificultades que enfrenta el intercambio de información, a la luz de la legislación nacional de las respectivas jurisdicciones. Por último, se propondrán algunas ideas a discutir para mejorar el nivel de coordinación y cooperación entre autoridades al investigar carteles recurrentes y análogos en América Latina.

1. Repaso de los hechos de los casos carteles en el sector del oxígeno líquido en Panamá (2001), Argentina (2005), Chile (2007), Perú, Brasil, Colombia (2010) y México (2011).

A lo largo de la última década, siete jurisdicciones han fallado contra carteles en el sector del oxígeno líquido en procesos administrativos y, en algunas ocasiones, también judiciales. Una de estas jurisdicciones (México) no sancionó la práctica anticompetitiva debido a vicios procesales en la investigación. Con la excepción del caso colombiano, todos los casos estuvieron relacionados con la colusión en las licitaciones públicas del oxígeno líquido para hospitales o actividades industriales. Pasamos a reseñar los hechos más significativos de cada caso:

Los primeros casos de Panamá y México tuvieron naturaleza judicial y actualmente tienen fuerza de cosa juzgada.

- (i) **Panamá (2008):** La autoridad de competencia panameña del momento (CLICAC), hoy en día ACODECO, determinó que las empresas demandadas incurrieron en prácticas colusorias para organizar la venta de oxígeno líquido. El acuerdo colusorio consistía en designar un licitador que presentara una oferta de 0,05 USD /pies cúbicos por encima de su rival, para luego turnarse en la adjudicación de contratos. Para sustentar el caso, la CLICAC usó un modelo de cooperación basado en la teoría de juegos, según el cual la correlación estadística entre la conducta de la firmas era tendiente a uno. En sede judicial, la CLICAC obtuvo una decisión favorable del tribunal de primera instancia que fue confirmada en casación en el 2008⁵
- (ii) **Chile (2007):** Tras una investigación, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) promovió una denuncia contra cuatro suministradores de oxígeno líquido (Air Liquid Chile SA, Indura SA, Aga SA y Praxair Chile Ltda), arguyendo que habían incurrido en acciones concertadas para repartirse el mercado, especialmente el de hospitales públicos. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aceptó la causa promovida por la FNE. El Tribunal consideró que las cuatro empresas habían interferido en el proceso de licitación pública, bajo la responsabilidad de agencia CENABAST, para la provisión de oxígeno líquido a los hospitales en el año 2004. Esta práctica colusoria estaba encaminada a eliminar la competencia en dicho proceso de licitación. El Tribunal multó a los suministradores de oxígeno por importe superior a USD 2 millones. La Corte Suprema revirtió esta decisión en casación, al considerar que no se había logrado probar que las empresas hubieran incurrido en comportamiento colusorio, puesto las evidencias eran circunstanciales y derivadas del comportamiento de las empresas y de la estructura de la industria.⁶

⁵El texto completo de la sentencia se encuentra en: www.acodeco.gob.pa .

⁶ La evidencia indirecta y el análisis económico llevado a cabo por el tribunal de primera instancia no fueron reconocidos por la Corte Suprema, y por lo tanto esta jurisdicción solamente aceptó pruebas directas. Ver también *The case of Liquid Oxygen*, Romero et al. 2010.

El segundo grupo de jurisdicciones esperan todavía confirmación judicial, puesto que solo ha habido decisiones administrativas. Estas son:

- (i) **Argentina (2005):** La CNDC multó a las subsidiarias argentinas de Praxair, Air Liquide, AGA y Indura por un total de USD 24,3 millones en julio de 2005. La investigación comenzó en 2001 cuando los hospitales se vieron incapaces de concluir contratos para oxígeno líquido de suministradores competidores; pues normalmente recibían ofertas solamente de un suministrador. En el caso en el que se presentaran varias ofertas, siempre había una oferta claramente más provechosa. Las quejas de los hospitales hicieron que la Secretaría para la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (predecesor de la Secretaría de Coordinación Técnica) instruyera a la DC para que comenzara la investigación. El mercado relevante era altamente concentrado, la entrada era difícil y había solamente cuatro suministradores efectivos. La CNDC condujo allanamientos (raids) muy exitosos en las cuatro empresas, que aportaron evidencias documentales de reparto de clientes y fijación de precios a lo largo de un periodo de cinco años.⁷
- (ii) **Perú (2010):** El INDECOPI, multó las subsidiarias peruanas Praxair, AGA y Messer por haberse repartido en mercado de licitación pública de oxígeno líquido. En 2008, el INDECOPI sancionó a dichos suministradores del sector público al haber sido probado que se repartieron el mercado geográfico y se repartieron licitaciones para la venta del oxígeno líquido entre 1999 y 2004.
- (iii) **Brasil (2010):** El CADE emitió una histórica decisión al multar a los productores de gas Air Liquide, Air Products, IBG, Linde y White Martins por valor superior a USD 1,4 mil millones por fijación de precios, reparto de clientes y colusión en licitaciones públicas. White Martins recibió una sanción de USD 1,1 mil millones por recidivismo la multa más importante en la historia de la competencia en Brasil, y la tercera más cuantiosa en el mundo hasta ese momento. El CADE encontró que el cartel había iniciado sus actividades desde al menos 1998 y que había afectado a la industria de atención médica y a otros negocios. La autoridad también impuso multas a siete ejecutivos de las empresas condenadas. La decisión del CADE llevó a un número significativo de acciones privadas por daños, incluyendo acciones colectivas de más de 250 hospitales, en donde una medida cautelar fue emitida con el fin de desplazar el precio colusorio de equilibrio.⁸
- (iv) **Colombia (2010):** Tras una investigación de cinco años a la empresa Fabrica Nacional de Oxígeno S.A. (ahora Linde Colombia), subsidiaria AGA y Oxígenos de Colombia (subsidiaria de Praxair), la SIC emitió un fallo en contra de las compañías por haber entrado en prácticas concertadas en la distribución y comercialización de oxígeno líquido, que eran destinados a obstruir o impedir la entrada de otras firmas en el mercado Colombiano y los canales de comercialización.⁹
- (v) **México (2011):** Decidió no sancionar el caso del cartel de oxígeno aunque existían alegaciones de evidencia físicas para sancionarlo.

2. Revisión de los acuerdos de cooperación en algunas de las jurisdicciones de los casos de carteles de oxígeno líquido: Brasil, Chile, Colombia y Perú

Conceptos básicos sobre la cooperación en la aplicación de la ley a los casos de carteles¹⁰

La cooperación entre agencias de competencia es crucial en la lucha contra de casos de carteles internacionales e incluso para la resolución de casos nacionales. Un cartel nacional puede ser descubierto simplemente por el hecho de tener dos agencias comunicándose entre sí, o incluso cuando una agencia extranjera tiene conocimiento de alguna actividad sospechosa. En el caso de carteles internacionales, la coordinación de medidas de investigación puede ser necesaria con el fin de evitar un riesgo de destrucción de evidencia si una agencia actúa antes que otras, en cuyo territorio puede estar localizada la prueba.

⁷ El caso todavía está bajo revisión del Poder Judicial en la Argentina. Hay posibilidades de que la resolución administrativa por la CNDC se cambie.

⁸

⁹

¹⁰ Información basada en el Documento "Cooperación entre Agencias de Competencia en Investigación de Carteles". International Competition Network (ICN), 2007.

En el caso de las siete jurisdicciones bajo escrutinio, se hicieron esfuerzos por parte de sus propias agencias de competencia con el fin de lograr un cierto tipo de esquemas de cooperación en los que se enfatizaban las diferentes fases de una investigación (fase previa a la investigación, la investigación propiamente dicha e incluso la fase posterior a la investigación)¹¹

En todas estas fases, el aspecto relacionado con intercambio de información puede cubrir los siguientes tipos de información: (i) información pública¹², (ii) información sobre la autoridad¹³, (iii) información sobre las partes que se encuentran en poder de una autoridad¹⁴; y (iv) información obtenida de las partes por requerimiento de otra autoridad¹⁵. Esta claro que el último tipo de información es el punto más desarrollado, propio de una cooperación muy fluida y cercana entre autoridades que puede resultar de un acuerdo de "segunda generación" como el que fue concluido recientemente entre Suiza y la U.E.

Intercambio de información en general

El elemento principal de cualquier cooperación efectiva es el intercambio de información específica y relacionada entre autoridades de competencia. Sin embargo, normalmente las autoridades de competencia pueden compartir puntos de vista e intercambiar información relacionada a la aplicación de su propia ley de competencia si se cumplen ciertos requerimientos. Así, pueden intercambiar cualquier información, incluida la información obtenida por el proceso de investigación en la medida en que sea necesario para llevar a cabo la cooperación y la coordinación.

El intercambio de información de la autoridad (información obtenida a través de un proceso investigativo), puede ser posible aun si las autoridades de competencia no han abierto una investigación formal sino solamente una investigación preliminar. En esta etapa del procedimiento, las partes no tienen acceso a la documentación y no pueden juzgar qué tipo de información puede ser transmitida al extranjero.

Breve reseña de las disposiciones de las siete jurisdicciones bajo análisis

A continuación exponemos una breve revisión de convenios de colaboración firmados por las siete jurisdicciones involucradas y el alcance de dichos acuerdos.

Brasil: El CADE estableció convenios de colaboración y protocolos con Argentina y Chile, que permiten la cooperación entre los organismos en forma de notificaciones con respecto a las medidas de ejecución que pudiesen afectar a los intereses de la otra agencia, consultas, cooperación técnica, intercambio de información (sujeto a las leyes de cada jurisdicción que protegen la información confidencial), reuniones periódicas y la concesión de cortesía (cortesía) negativa o positiva. En este sentido, se podría decir que la intención era cubrir el primer y segundo tipo de información mencionada anteriormente (la información pública y la de la agencia), pero con una salvedad muy importante relacionada con la plena protección de la información confidencial. Como resultado, solo se puede

¹¹ Por ejemplo en la fase pre-investigativa (antes de recolectar la información) las agencias pueden cooperar en cuanto al mercado a investigarse, compañías claves, la ubicación de la evidencia, y como evitar la destrucción de evidencia. A su vez, en la fase investigativa, fase en donde la evidencia es recolectada y analizada y el caso construido, puede existir una cooperación de medidas de investigación. Estas medidas podrían incluir la organización de búsquedas simultáneas, redadas o inspecciones, emisión de citaciones u otras solicitudes de información o entrevistar a los testigos. Finalmente, en la fase post-investigativa, concerniente a acusación, juzgamiento y sanción, las agencias pueden intercambiar datos e información de otra índole que hayan obtenido, y que pueden incluirse en la cooperación a través de discusiones de casos generales entre los investigadores. Ver el CIE. Ibid. [en la página](#)

¹² En este caso, una agencia ayuda a otra agencia a ganar time al proveerle de información que esta en el dominio publico (Puede ser un reporte difícil de encontrar, o información acerca del mercado que surge de los estudios llevados por la agencia.

¹³ Esta información que no esta necesariamente bajo el dominio publico pero es generada en la propia agencia, en vez de ser proporcionada por las partes para objetos de investigación (Aunque puede ser basada en información proporcionada por las partes). Esta "Información de Agencia" puede estar relacionada por ejemplo con la etapa de la investigación que se ha alcanzado, el calendario previsto para los siguientes pasos de la investigación, la orientación provisional de la investigación, las conclusiones alcanzadas por la naturaleza del mercado y así sucesivamente.

¹⁴ Este tipo de material puede ser evidencia de una infracción o de un historial de información de mercado o de las actividades de las partes (como volúmenes de negocio). La información pudo haber sido otorgada de manera voluntaria (por ejemplo por un solicitante inmune o con amnistía) o de manera obligatoria (en una inspección, bajo citación, y así sucesivamente)

¹⁵ Donde dos agencias han desarrollado un alto nivel de cooperación, es posible para una de ellas solicitar a la otra el obtener información de las partes que no este en su poder aun y que este en su jurisdicción. Esto podría implicar búsquedas sorpresa, allanamientos, o inspecciones, emisión de citaciones, entrevistas a testigos, sucesivamente.

intercambiar información relativa a la puesta en marcha de actividades de aplicación de la ley a través de la comunicación por notificaciones enviadas a las partes. En la práctica, este esquema ha demostrado que no es forma muy eficaz de cooperación.¹⁶

Recientemente Brasil ha indicado que su cooperación está habitualmente basada en el intercambio de información no confidencial y de puntos de vista generales del caso. En la mayoría de los casos, los investigadores obtuvieron información a través medios públicos, como los sitios web de las autoridades, los cuales son consideradas de dominio público y que pueden servir como evidencia en el proceso brasileño.¹⁷

Finalmente, la información confidencial obtenida por una autoridad extranjera o por parte del acusado, puede servir como evidencia en el procedimiento brasileño pero debe ser mantenido de forma confidencial en Brasil. La información confidencial es tratada de esta forma hasta que una decisión final es dado o, dependiendo de su contenido, puede ser mantenida así incluso después de promulgada una decisión.

Chile: La FNE ha firmado un acuerdo de cooperación en America Latina con las siguientes autoridades que son parte de las siete jurisdicciones bajo escrutinio: Brasil, Perú y México. En concreto, los aspectos que cubren estos acuerdos están relacionados con las notificaciones, el intercambio de información y las consultas siempre que sean posible y el reglamento interno de cada país lo permita. Solo el acuerdo con Perú cubre también la aplicación y coordinación en la aplicación de la ley.¹⁸

Chile ha informado recientemente que las iniciativas de cooperación en las investigaciones de carteles no son frecuentes. La FNE no ha sido todavía requerida para cooperar en casos específicos de represión de carteles, y solo se le ha solicitado informalmente para reportar sobre un caso de cartel transnacional una vez que ya se había hecho público el caso.¹⁹

Colombia: La SIC ha firmado acuerdos con cuatro de las siete jurisdicciones bajo escrutinio: Ecuador²⁰, Panamá²¹, Perú y México.

¹⁶ En la fase post-investigativa a nivel nacional, Brasil firmó el MLATs con Colombia, Perú, y Uruguay. De acuerdo con un MLAT es posible realizar una solicitud, por ejemplo, para proveer de información confidencial y no confidencial, búsquedas, así como levantamiento de (banca, fiscal, telecomunicaciones y comunicación) secretos, incautación, decomiso y repatriación de activos. Véase la contribución de Brasil al Foro Mundial de la Competencia de la OCDE de 2012 en la pagina: www.oecd.org

¹⁷ A veces también se mantienen conversaciones informales sobre los aspectos prácticos de la investigación, como las dificultades con el servicio del proceso en el extranjero y cómo superar los obstáculos burocráticos. Esta cooperación se lleva a cabo generalmente por correo electrónico o por teléfono (reuniones cara a cara son menos frecuentes debido a las grandes distancias). La tasa de éxito ha variado mucho en función no sólo de la agencia involucrada, sino también de las circunstancias particulares del caso. Algunos casos favorecen una cooperación más intensa que otros. Un ejemplo exitoso de cooperación con el Departamento de Justicia y DGComp ocurrió en el curso de las investigaciones de un caso relacionado con el mercado de compresores, en la que las tres agencias pudieron manejar una redada en conjunto. Véase la contribución de Brasil al Foro Mundial de la Competencia de la OCDE de 2012 a: www.oecd.org

¹⁸ Es importante aclarar que, de conformidad con el principio de libre convencimiento motivado, los tribunales brasileños y la agencia de competencia es libre de medir la evidencia y llegar a una decisión final basada en su convencimiento motivado. Por lo tanto, la decisión sobre la medida en que tanto los tribunales y la agencia se basará en la información producida en otra jurisdicción recae enteramente sobre ellos y se hace sobre una base de caso por caso.

¹⁹ Véase la contribución de Chile al Foro Mundial de la Competencia de la OCDE del 2012 en: www.oecd.org

²⁰ La FNE participa en las redes regionales de autoridades de competencia, tales como la Alianza Inter-Americana y la Red Iberoamericana de Competencia. A pesar de que estas redes son útiles para el intercambio general de opiniones sobre los desarrollos actuales en la política de competencia y la ley en nuestros países, no juegan todavía un papel significativo en el caso de la cooperación en los propósitos de aplicación de la ley. Esto es sobre todo porque este último suele ocurrir entre un menor número de autoridades (a menudo en un contexto bilateral) y cuando, además, las características específicas de los sectores investigados son frecuentes, así como cuando las relaciones de confianza entre las agencias ya está construido.

²¹ El MoU firmado con el Ministerio de Ecuador de Industrias y Productividad abarca los siguientes temas: (i) el intercambio de información y documentación (ii) Realizar cursos, conferencias y talleres en temas de competencia y protección al consumidor. (iii) Proporcionar información relacionada con los estudios y planes especialmente diseñados por las partes para optimizar la promoción de la competencia y protección del consumidor.

Peru: INDECOPI ha firmado convenios de colaboración²² con tres de las siete jurisdicciones bajo escrutinio: Chile, Colombia y Panamá.

Observación preliminar de la forma en que se han implementado estos acuerdos de cooperación en América Latina:

- Dado que algunas autoridades de estas siete jurisdicciones son relativamente jóvenes, están en constante desarrollo de lazos con otras agencias de competencia y esperan tener un compromiso más consistente en el futuro. Por lo tanto, la mayoría de estos acuerdos de cooperación aún no se han implementado y utilizado en la práctica²³
- Algunas autoridades han comentado que estos acuerdos no han sido efectivamente aplicados para la cooperación en la represión de carteles y se han dirigido principalmente a autoridades investigando el mismo sector a nivel mundial pero no necesariamente localizado en América Latina.²⁴
- Las autoridades han afirmado que el principal obstáculo para cooperar es determinar cómo manejar la información confidencial debido a las restricciones que tienen las jurisdicciones de derecho civil (todos los siete son países de derecho civil²⁵) y a la falta de una definición común de la información confidencial. De hecho, ninguno de estos acuerdos de cooperación pretende ofrecer elementos de definición de este concepto. La cuestión de la confidencialidad de la información recolectada en el curso de la investigación que debe ser respetada por una autoridad de competencia es aún más relevante cuando se trata de una jurisdicción de derecho civil, donde esta definición no está muy bien definida (sobre todo en estas siete jurisdicciones que sancionaron los casos de oxígeno en América Latina) y las autoridades de competencia tienden a definir todo lo que sale de una investigación abierta como información confidencial.²⁶

²² ACODECO), 1. Determinar las bases generales de coordinación institucional para el establecimiento de mecanismos permanentes de cooperación para garantizar la libertad económica, fomentar la cooperación entre las autoridades de competencia, ayudar a prevenir e identificar posibles prácticas contrarias a la competencia, así como intercambiar perspectivas, políticas institucionales, conocimientos y experiencias. 2. Intercambio de información y documentación para el cumplimiento eficiente del objeto del pacto sujeto a su naturaleza reservada. 3 Sujeto cualquier acuerdo entre las Partes, ofrecer cursos y conferencias para dar a conocer los programas desarrollados y difundir los derechos otorgados por la ley. 4. Proporcionar información sobre los estudios, planes y programas especialmente diseñados por las Partes, de manera individual para optimizar el para optimizar la defensa y promoción de la competencia económica. 5. Nombrar el personal responsable de la planificación de la promoción y difusión de cada uno de los objetivos del pacto. 6. Informar, en caso de tener conocimiento alguno, la existencia de prácticas contrarias a la competencia entre los agentes económicos que pueden tener efectos en los mercados del país con el que está suscrito el Pacto.

²³ Acuerdos interinstitucionales de cooperación (ICA).

²⁴ Sólo recientemente Indecopi ha tenido la oportunidad de identificar un posible cartel transfronterizo, y actualmente esta investigando el caso. Indecopi espera que el futuro próximo muestre cómo la cooperación internacional puede ser útil en estos casos .

²⁵ Véase el caso de Chile, en su primera participación de un cartel internacional en el año 2010 mediante el cual el sistema de concurso chileno ha demostrado ser eficaz en el tratamiento de los carteles internacionales. De hecho, la primera solicitud de inmunidad fue presentada por un participante en un caso de cartel transnacional en 2010. El solicitante de inmunidad en este caso recibió inmunidad total y durante el procedimiento ante el Tribunal de la Competencia; Cuestiones de aplicación extraterritorial de la ley se plantearon durante el caso. El fallo del Tribunal de la Competencia sobre este caso está a punto de ser emitido. Esta experiencia ilustra muy bien lo que se mencionó anteriormente. Varias jurisdicciones estaban investigando el caso en el momento en que el procedimiento se inició en Chile, donde el caso fue motivado por el solicitante del programa. Una vez que las autoridades extranjeras se habían dado cuenta de que estaban frente a un cartel internacional que probablemente tendría efectos en diferentes jurisdicciones, una buena práctica puede haber sugerido que estas autoridades promovieron la iniciación de la investigación conjunta. El éxito de una aplicación coordinada contra los carteles transnacionales depende del papel de liderazgo de algunas autoridades de competencia más que en cualquier otra cosa.

²⁶ Sin lugar a dudas, las jurisdicciones de derecho civil (países de América Latina, básicamente) son muy cautelosos en la observación de las reglas estrictas de procedimiento al resolver los casos. Es decir, la ausencia de observación de estas normas podría significar que cuando este caso es revisado judicialmente el procedimiento administrativo general podría ser invalidado.

3. Desafíos en el fortalecimiento de la cooperación en casos de carteles en las jurisdicciones estudiadas

A pesar de los esfuerzos realizados para fortalecer la cooperación y la firma de acuerdos de cooperación llevadas a cabo por las siete autoridades de competencia, hay desafíos importantes que hacen que la cooperación no sea todavía óptima. La represión de carteles transnacionales se refiere a menudo a cuestiones de jurisdicción debido al carácter transfronterizo de los efectos anticompetitivos y a los problemas que surgen cuando la evidencia se encuentra en el extranjero. Para ser más específicos, en la investigación de carteles internacionales transfronterizos, las autoridades de competencia deberán cooperar más en el proceso de recolección de pruebas y en el establecimiento de los diferentes componentes de un “análisis regional” del mercado relevante como parte del análisis de competencia que debe ser conducido al evaluar el impacto de las prácticas anticompetitivas.²⁷ El resultado puede ser la disminución de sanciones y una aplicación deficiente de ley²⁸.

(i) Bajos niveles de cooperación entre agencias de competencia

Hay cierto tipo de cooperación que solo puede tener lugar entre ciertas autoridades dependiendo de la naturaleza de los acuerdos entre distintas las jurisdicciones o de la importancia de la infracción del cartel. En este sentido, el procedimiento puede ser largo y variar según el instrumento de cooperación involucrado. La cooperación insuficiente puede llevar a que algunos carteles no sean detectados por completo.

Varias son las razones identificadas que explican la escasez de cooperación regional entre las autoridades de competencia, particularmente en los países en desarrollo. Éstas incluyen: la experiencia y la capacidad institucional de las autoridades²⁹ (la mayoría de las agencias de las siete jurisdicciones son relativamente jóvenes), la falta de seguimiento de las actividades de los carteles y otras actividades anticompetitivas, la carencia de acuerdos bilaterales o multilaterales, la costosa y compleja tarea del análisis de la información en relación con los requisitos legales de cada país, sobre todo para los países que carecen de experiencia y fuertes estructuras administrativas.

Pasamos a presentar una comprobación sobre la cooperación que efectivamente tuvo lugar en las tres etapas de la investigación:

Se ha informado que durante la fase previa a la investigación, ninguna de las autoridades compartió contactos o información general sobre la industria y sus actores relevantes ni notificó actos de investigación que pudieran haber facilitado futuras solicitudes de asistencia de investigación específicas. Por supuesto, tampoco hay constancia de coordinación en los allanamientos o inspecciones ni entrevistas o misiones de funcionarios a jurisdicciones extranjeras para llevar a cabo las entrevistas a causa del limitado alcance de los acuerdos de cooperación.

Del mismo modo, en la fase de investigación, con la excepción de Argentina y Chile, no hubo intercambio en temas críticos como el estado procesal del caso o la evaluación general del mismo. Incluso en este caso el manual del ICN establece que en algunas investigaciones llevadas a cabo por agencias con experiencia, se han reportado viajes de funcionarios a jurisdicciones extranjeras con el objetivo de entrevistar a las partes relevantes que se encuentran en el exterior e incluso encargar a determinadas empresas la producción de documentos en poder de sus asociados extranjeros³⁰.

Finalmente, en la fase posterior a la investigación, las resoluciones de los tribunales de Chile y Panamá estuvieron disponibles en el 2007 y 2008 respectivamente y si bien eran contradictorias en esencia fueron dictadas en el momento que las investigaciones de Perú y Brasil estaban comenzando. Se ha informado que ninguna de las jurisdicciones, por un lado Panamá y Chile y por el otro Brasil y Perú, ha compartido información. Por ejemplo, en este

²⁷ Sin embargo, podría decirse que el establecimiento de la infracción de un cartel, al ser norma per se, no habría necesidad de evaluar el efecto de la práctica, por lo que la discusión se basa en la existencia de la práctica, es decir la valoración de la prueba y el derecho de la prueba debe ser observado en tal sentido.

²⁸ A priori, hemos vivenciado un relativamente bajo cumplimiento de las normas de competencia a nivel nacional en América Latina, que ha sido acompañado por la falta de aplicación regional a pesar de los esfuerzos a nivel sub-regional como la Comunidad Andina de Naciones y los países Centroamericanos.

²⁹ Asimetrías en los procesos de desarrollo institucional: Otra cuestión a tener en cuenta es que mientras algunas autoridades aplican las normas de competencia con éxito otras agencias se encuentran en una etapa de desarrollo, en la elaboración de la legislación y el establecimiento de prácticas eficaces (como el caso de Guatemala)

³⁰ « Cooperation between Competition Agencies in Cartel Investigations », International Competition Network (ICN), 2007

caso, los fallos de los jueces en Panamá y Chile podrían haber sido parte de la fase previa a la investigación en Perú y Brasil, proporcionando copias del registro público de la corte, incluso otorgando acceso específico a la información no pública que no estuviera protegida legalmente o de otra manera protegida por confidencialidad. Un aspecto positivo de las sentencias de Panamá y Chile fue la coordinación implícita con otros organismos en la formulación de cargos. Sin embargo este hecho está siendo contrastado el resto de autoridades involucradas.

Otras cuestiones relativas al ámbito de aplicación y las consecuencias de los fallos, podrían referirse a las notificaciones de las declaraciones y las condenas de las empresas extranjeras, como en el caso del oxígeno líquido, al resto de agencias involucradas. Finalmente, la revisión demuestra que no es sencilla la adopción de decisiones en casos que también se encuentran siendo investigados en otras jurisdicciones.

Sin perjuicio de las ideas preliminares manifestadas anteriormente, sería bueno profundizar en cuestiones específicas de cada jurisdicción a fin de evaluar la viabilidad de los retos que se presentan:

- Poderes de investigación de las Autoridades Nacionales de Competencia involucradas en el caso: el fin de esta sección es la comparación de los instrumentos de aplicación de las autoridades intervinientes en el caso.
- Carga de la prueba y tratamiento de la evidencia en los niveles administrativos y judiciales: en esta sección se analizará el tipo de prueba que puede ser intercambiada entre las agencias con el fin de que los jueces y los órganos administrativos implicados comprueben la existencia de carteles.
- Diversos reconocimientos judiciales y tratamiento de evidencia indirecta (casos en Panamá y Chile): Esta sección trata de arrojar luz sobre la diferencia que puede ser detectada entre el análisis conducido en el proceso de toma de decisión de los jueces y la evidencia presentada o evaluada

(ii) Prohibición de intercambio de información confidencial en la investigaciones abiertas de carteles

El intercambio de información se ha vuelto uno de los obstáculos más grandes para la detención de carteles transfronterizos. Incluso los acuerdos de cooperación entre las autoridades de competencia raramente incluyen disposiciones acerca del intercambio de la información confidencial. Hay una serie de factores que pueden contribuir a este hecho:

- Variantes en la definición de “Información confidencial” entre las jurisdicciones 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, información de la “agencia”). Esto puede conllevar un círculo vicioso, pues al no existir definición común de “información confidencial” una agencia puede no saber que otra agencia se encuentra tratando el mismo caso³¹.
- La aparente falta 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.
- La confidencialidad no sólo afecta en el desarrollo de la investigación, sino que también puede dañar el interés legítimo y el derecho de los acusados y/o de personas o empresas objeto de la investigación por las cláusulas de confidencialidad profesional y de negocios.
- Falta de confianza mutua entre las autoridades
- Viabilidad legal del intercambio de información confidencial resultante de los acuerdos comerciales

³¹ Este es el caso de los países centroamericanos donde las dificultades en la implementación de los acuerdos entre las agencias, llevaron a la prohibición completa de intercambio de información confidencial. Por ejemplo, la autoridad de Costa Rica ha firmado acuerdos de cooperación institucional en asuntos de competencia con la Comisión de Defensa y Promoción de la Competencia de la República de Honduras, el Instituto de Promoción de la Competencia (Pro Competencia) de la República de Nicaragua, la Superintendencia de Competencia de El Salvador y la Autoridad de Protección del Consumidor y Competencia de Panamá entre otros. Si bien estos acuerdos intentan promocionar la libre competencia en la región, estos esfuerzos se han visto eclipsados por la falta de acuerdo sobre el intercambio de información confidencial entre las autoridades, debido, principalmente a las limitaciones de su legislación nacional sobre el tema.

Un caso importante a tener en cuenta es el tratado de libre comercio entre Canadá y Costa Rica. Este tratado incluye una sección sobre competencia que establece el poder en el intercambio de información confidencial entre ambas autoridades a la hora de investigar casos de competencia. Una posible explicación refiere a la naturaleza del acuerdo, por un lado posee disposiciones para promover el comercio pero también incluye disposiciones relativas a las políticas fiscales y presupuestarias y políticas de competencia. Debido a todo ello, Canadá y Costa Rica tienen la obligación de revelar información confidencial, aún cuando no lo permitan o no lo disponga su legislación nacional. La misma situación ha ocurrido en la firma de acuerdos bilaterales entre los países centroamericanos y otras naciones, aplicando la ley nacional de cada país para la autorización, permiso o negación del intercambio de información confidencial entre las autoridades de competencia en determinados casos bajo investigación.

(iii) Avances modestos en la implementación de los programas de clemencia en las siete jurisdicciones, con la excepción de Brasil

La ausencia de mecanismos internacionales de represión de carteles para atender a las investigaciones multi-jurisdiccionales, añadida a la falta de efectividad en los programas de clemencia de las jurisdicciones nacionales de América Latina (con la excepción particular de Brasil), el descubrimiento y la persecución de las prácticas se torna imposible.

En las recientes revisiones de las leyes de competencia de Perú (2008), México (2011) y Brasil (2012), las disposiciones relativas a los programas de clemencia están mejor detalladas y en concordancia con las normas internacionales, las mejores prácticas y las condiciones locales. Por ejemplo, aunque la autoridad de competencia del Perú (INDECOPI) no ha tenido oportunidad de intercambiar información con otras jurisdicciones en el marco de un programa de clemencia, la ley de competencia de Perú contiene disposiciones relativas a excepciones para la cooperación efectiva en el marco de un programa de clemencia que podría, eventualmente, ser aplicable a las investigaciones transfronterizas.

(iv) Reconocimiento adecuado de las pruebas reunidas en el exterior

A menudo, las pruebas en las investigaciones abiertas a carteles transfronterizos se encuentran en el extranjero. Sin embargo, debido al bajo nivel de cooperación y la prohibición absoluta del intercambio de información confidencial, los investigadores no tienen acceso a pruebas localizadas fuera de sus jurisdicciones. Aun más, existe muy poca o nula discusión y comparación de notas entre los investigadores del mismo cartel en distintas agencias, impidiendo el funcionamiento normal y la mejor defensa antes el argumento de las partes.

Cuando las autoridades están calculando sanciones, la información sobre el volumen de negocio relevante no puede intercambiarse. Entre jurisdicciones con sanciones a individuos, como el caso de Brasil y México, el proceso de extradición puede no ser factible. Si las pruebas necesarias para la condena se encuentran dispersas en distintas jurisdicciones y no pueden ser compartidas por razones legales, o incluso cuando una autoridad tenga información adecuada para armar un proceso exitoso, otras jurisdicciones que se pueden haber visto afectadas por el cartel pueden ser incapaces de sancionarlo por no poder contar con la información necesaria de otras agencias.

Aun pudiendo superar estos obstáculos, y en el supuesto que las autoridades pudieran obtener información de otras jurisdicciones, dicha información no podría ser utilizada ni nombrada en el archivo de la causa. Otros problemas asociados se encuentran relacionados a las pruebas de los testigos, la tutela judicial efectiva y la variedad de *ius standing* (enjuiciamiento criminal o civil de los carteles) y el funcionamiento deficiente de los tribunales.

4. Algunas recomendaciones para mejorar la coordinación entre autoridades de competencia en América Latina

Esta sección analizará las distintas opciones al alcance de las autoridades de competencia para superar exitosamente los retos identificados en la sección tres anterior.

(i) Mejorar el nivel de cooperación entre las siete jurisdicciones estudiadas

Una vez comentada la situación de cada una de las jurisdicciones en el capítulo anterior, pasamos a exponer qué opciones hubieran sido factibles para activar la cooperación según los acuerdos vigentes.

- **Fase previa a la investigación:** todos los acuerdos de cooperación firmados por las siete jurisdicciones analizadas permiten el intercambio de información pública entre autoridades. En base a esta característica general, común y transversal, una recomendación sería *"estudiar los posibles mercados o sectores en los que los carteles transfronterizos resulten factibles, exhortando a las autoridades de la competencia a intercambiar información para la elaboración de estudios regionales a fin de analizar las condiciones de competencia"*³². El mismo conllevaría el intercambio natural de indicios e información general sobre la industria y los actores relevantes o actividades de notificación inicial que puedan facilitar ulteriores solicitudes de asistencia en la investigación.
- **Fase de investigación:** La mayoría de acuerdos vigentes contienen distintos grados de cooperación en lo relativo a la notificación de actividades de investigación que pueden afectar los intereses del resto de autoridades.³³

Asumamos que el nivel más bajo de la información que se puede compartir es aquella información pública que es accesible pero no necesariamente conocida por la otra agencia. Sin embargo, puede que esta información no sea suficiente para obtener un conocimiento completo y detallado del estado procesal del caso o para asegurar una evaluación general del mismo. Por lo tanto, será necesario complementar la información de la agencia. El acuerdo de cooperación de Brasil se refiere a intercambios de información siempre que se respete la ley de cada jurisdicción sobre información confidencial. Es posible que haya leyes nacionales que protejan la propiedad los secretos industriales y figuras análogas.

Sin embargo, incluso contando con este tipo de legislación, la mayoría de jurisdicciones permiten compartir información con otras autoridades siempre que la autoridad receptora tenga medidas análogas para proteger esta información sensible. A priori, parece que Brasil y Perú cuentan con provisiones similares al respecto, por lo que sería posible que intercambiaran información y por tanto se respetara la legislación nacional. Otros aspectos como las consultas, la cooperación técnica, las reuniones regulares o la concesión de cortesía (comity) positiva o negativa pueden ampararse en este supuesto.

³² Ver la contribución de Colombia al Foro Global de Competencia de la OCDE de 2012. La delegación colombiana sugirió que un paso importante para que se iniciaran investigaciones conjuntas con otros países a fin de identificar, y en su caso sancionar, los carteles transfronterizos era la realización de estudios regionales. Asimismo, sugirió que cualquier actividad de cooperación debería comenzar con la identificación de los mercados relevantes al efecto. Para ello, se requiere concluir Memorandos de Entendimiento con países vecinos para acometer estudios sectoriales cubriendo el territorio de los países concernidos. Este mecanismo permitiría que las autoridades involucradas tuvieran un conocimiento general sobre los agentes, sus participaciones y comportamientos en el mercado. El proceso de recolección de información sería responsabilidad de las agencias según su jurisdicción respectiva, pero los parámetros de dicho proceso y el análisis de los resultados se llevarían a cabo conjuntamente por las partes cooperantes. En este sentido, el componente regional del Programa COMPAL de la UNCTAD ha llevado a cabo una serie de actividades junto con Colombia y Perú.

³³ El asunto de **coordinación de actividades de aplicación de la ley** determina que un acuerdo internacional sea considerado de primer o segunda generación. Por ejemplo, la U.E. ha concluido los llamados "acuerdos de primera generación" con Canadá, Corea del Sur EE.UU. y Japón. El acuerdo de cooperación con Suiza se considera de "segunda generación" puesto que el alcance del intercambio de información es más amplio, pudiendo realizarse contra la voluntad de las empresas afectadas, a veces incluso fuera del marco de una investigación formal. El futuro acuerdo entre U.E.- Suiza (pendiente de ratificación por el Parlamento suizo) constituye un renovado esfuerzo en la lucha contra los carteles internacionales, y en la manera en la que la autoridad de competencia suiza puede involucrarse en investigaciones con su mayor socio comercial, la U.E. En este sentido, bajo el acuerdo de cooperación, las autoridades de competencia suiza y europea están obligadas a notificarse mutuamente las actividades de aplicación de la ley (cualquiera que sea su naturaleza, sea en investigación o adjudicación) si las mismas pueden afectar intereses importantes de la otra parte. En concreto, la notificación deberá cursarse si las empresas involucradas radican en la jurisdicción de la contraparte, si una parte significativa de las actividades tuvieron lugar en la jurisdicción de la contraparte o si las actividades en cuestión incluyen conductas posiblemente requeridas, aprobadas o favorecidas por la contraparte. Para evitar posibles conflictos entre partes, el acuerdo contiene provisiones no vinculantes sobre evasión de conflictos (negative comity) y la posibilidad de solicitudes de iniciar diligencias (positive comity); ver artículo V y VI del Acuerdo de Cooperación. El acuerdo también permite a las autoridades de la competencia respectivas coordinar sus actividades de aplicación de la ley cuanto lleven a cabo actividades relacionadas. En especial, se permite que las autoridades coordinen allanamientos, y de intercambiar información sin necesidad de permiso (waiver) por parte del solicitante de clemencia. Sin embargo, el acuerdo no prevé que la autoridad suiza lleve a cabo allanamientos por cuenta de la autoridad europea ni vice-versa. Ver David Mamane, *Competition Law Cooperation Agreement EU/Switzerland*, Kluwer Competition Law Blog, (31 de julio 2012).

- **Fase posterior a la investigación:** Además de la posibilidad de entregar copias oficiales de las demandas judiciales a otras jurisdicciones y de poder constar en las diligencias oficiales mencionadas anteriormente, las siete jurisdicciones estudiadas podrían integrar un equipo de trabajo específico encargado de cargar las decisiones y sanciones con posible interés transfronterizo en una plataforma virtual, especialmente en lo relativo al comienzo de las investigaciones. La información así consignada debería versar, como mínimo, sobre: información pública, información de la agencia, información de las partes investigadas en posesión de la autoridad, e información de las partes investigadas solicitada a otra autoridad. Este grupo de trabajo estaría integrado por puntos de contacto en cada país (funcionarios de cada autoridad). El objetivo subyacente sería poder establecer si una investigación iniciada en un determinado país puede tener un impacto directo o indirecto en un país vecino (lo que está también relacionado con la segunda fase según se contenga en los acuerdos de cooperación). En un futuro, se podría incluso prever un intercambio de información relativo a pruebas conseguidas en las distintas jurisdicciones. Sin embargo, este nivel de cooperación solo se puede conseguir una vez se hayan consolidado los pasos anteriormente mencionados.³⁴

(ii) **Cómo evitar las prohibiciones nacionales de intercambio de información confidencial en las investigaciones paralelas de carteles**

La experiencia muestra que las investigaciones paralelas sobre las prácticas empresariales simultáneas pueden resultar muy perniciosas para la efectiva aplicación de la ley y la consiguiente disuasión de carteles transfronterizos. El caso de Suiza y la U.E. es un buen ejemplo de cuán nocivo puede resultar no contar con una cooperación dinámica entre dos economías que están extremadamente conectadas y cuyos flujos comerciales son tan destacados. Si hubiera un marco de cooperación formal entre Suiza y la U.E., el mismo hubiera beneficiado las investigaciones paralelas. Tal es el caso del cartel *Water Management*³⁵ en las que ambas investigaciones revelaron separadamente indicios y documentos apuntando a una posible práctica de fijación de precios en la U.E., por la que carteles establecidos en Suiza operaban también en la U.E. Indudablemente, el intercambio de dichos indicios y documentos entre investigaciones habría facilitado e incluso acelerado el proceso.³⁶

El primer acuerdo de segunda generación en asuntos de competencia entre Suiza y la U.E. deberá ser ratificado próximamente, y debería conllevar consecuencias trascendentales. En especial, este acuerdo permitirá intercambiar información y transmitir documentos incluso en aquellos casos en que las empresas afectadas no otorguen su consentimiento, sin posibilidad de recurso, y fuera del marco de una investigación formal. Naturalmente, este tipo de provisiones "de vanguardia" están diseñadas para preparar situaciones de allanamientos, así como evaluaciones de programas de clemencia multi-jurisdiccionales (esto es, que puedan incluir Suiza). Este es un cambio significativo respecto del estado actual, así como una extensión en comparación con otros acuerdos de cooperación similares concluidos por la U.E.

Seguidamente pasamos a examinar cómo la transmisión de información sin el consentimiento de las partes opera en este acuerdo. La *conditio sine qua non* es que ambas autoridades investiguen una conducta idéntica o análoga. En el supuesto que se cumpla este requisito, también operan las siguientes condiciones para compartir información:

³⁴ Sugerencia colombiana en el Foro Global de Competencia de la OCDE y en la Reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Políticas de Competencia de la UNCTAD en 2012.

³⁵ El 16 de diciembre de 2008, Comco abrió una investigación contra varias empresas multinacionales en el sector de componentes para instalaciones sanitarias, calefacción y aire acondicionado. La investigación concluyó el 10 de mayo de 2010. Como resultado, Comco impuso una multa por valor de 169.000 CHF. Esta decisión ha sido confirmada por vía judicial. El proceso paralelo en el seno de la U.E. está todavía abierto.

³⁶ Dos investigaciones relacionadas con servicios de carga y transporte están todavía suspendidas en Suiza, mientras que en la U.E. han sido concluidas. Uno se podría preguntar por qué el proceso suizo se está demorando tanto y por qué no pudo ser concluido al tiempo que lo hacía la investigación de la Comisión Europea. Parece que la única razón es la imposibilidad de cooperación entre ambas autoridades. Es más, en ausencia de un marco de cooperación formal, cuando se conducen investigaciones paralelas por parte de la Comisión Europea, la autoridad suiza no tiene medio alguno de conocer los hechos que se van a perseguir en la U.E. En estas circunstancias, las autoridades suizas deben esperar la decisión de la U.E. para determinar su jurisdicción y los hechos relevantes, lo que inevitablemente conlleva procesos largos e insatisfactorios para las empresas afectadas. Sin un acuerdo de cooperación con la U.E., no puede haber discusión o decisiones en estos asuntos claves al principio o a lo largo del proceso. Tampoco es posible coordinar el calendario del procedimiento. (referencia)

- La información debe estar en posesión de la autoridad concernida;³⁷
- La información que contenga datos personales solo se podrá compartir si ambas autoridades investigan la misma conducta o transacción o una conducta o transacción conexas;³⁸
- La información relativa a los solicitantes de clemencia y partes a acuerdos de transacción (settlement) no se podrá compartir salvo con su consentimiento escrito;³⁹
- La información no puede ser discutida o transmitida si su uso estuviera prohibido según los derechos y privilegios procesales recogidos en las respectivas legislaciones suiza y europea.⁴⁰

Un último apunte sobre este acuerdo es que no se prevé ningún derecho de recurso contra el intercambio de información si no se requiere el consentimiento de la parte afectada. Si bien esto seguiría el procedimiento habitual sujeto a la Ley suiza sobre asistencia mutua internacional en asuntos penales, el acuerdo de cooperación puede dejar a las partes desprotegidas.⁴¹ El acuerdo de cooperación incluye algunas limitaciones relativas al uso de la información compartida, en especial a la protección de la confidencialidad que la autoridad receptora debe dispensar de acuerdo con su legislación nacional.⁴²

(iii) **Cómo mejorar la solicitud de pruebas extranjeras y su reconocimiento: medios para que la víctima de un cartel internacional o regional reclame daños a nivel local**

Cuando una autoridad de competencia decide iniciar una investigación sobre un cartel que está siendo investigado en el extranjero y necesita recolectar información en ese país, necesita activar las provisiones de un acuerdo de cooperación vigente. En este caso estamos ante una situación llamada "acceso a evidencia en un contexto verdaderamente internacional"⁴³

³⁷ Esta limitación implica que el acuerdo no es la base para la recolección de información exclusivamente por cuenta de la contraparte. En cambio, la información que se puede compartir con la contraparte debe haber sido recopilada en el marco y para los fines de un proceso interno.

³⁸ Esta limitación también aplica si la empresa concernida consiente a la transmisión de información. La ley suiza sobre protección de datos es más estricta que algunas leyes de los Estados miembros de al U.E. pues también se predica de empresas y no solo de personas físicas. El acuerdo no regula este aspecto, por lo que puede darse que los datos transmitidos a la Comisión Europea no reciban el mismo nivel de protección que el establecido por la legislación suiza.

³⁹ Sin embargo, perduran algunas incertidumbres. En primer lugar, una transacción puede ocurrir en múltiples estadios del proceso y no parece haber reglas en el acuerdo de cooperación sobre la información compartida antes de la transacción. En segundo lugar, no queda claro si el inicio de negociaciones de transacción bloquea *per se* el intercambio de información, o si debe esperarse a la firma del acuerdo. En tercer lugar, tampoco queda claro si la información ya transmitida o discutida puede usarse por la contraparte si en un estadio ulterior las partes concluyen un acuerdo de transacción y niegan su consentimiento al intercambio de información entre autoridades.

⁴⁰ Luego, un intercambio de información protegida por un privilegio legal o afectando el derecho a la no auto-incriminación no es posible salvo que medie renuncia expresa. Sin embargo, el acuerdo no parece impedir el intercambio de información bajo algunas condiciones de la legislación suiza como el secreto bancario. Uno se pregunta si los datos bancarios de un cliente son considerados como datos personales y por tanto si la transmisión debería permitirse siempre que las autoridades investiguen la misma conducta o transacción o una conducta o transacción conexas. A la luz de las consecuencias trascendentales que el intercambio de esta información puede acarrear, sería necesario una regulación clara.

⁴¹ Dado el amplio alcance de la información potencialmente compartida y a la luz de la naturaleza penal de las sanciones del Derecho de la competencia.

⁴² En general, la información no debe ser compartida con una tercera persona o a otra autoridad de competencia. Sin embargo, la confidencialidad de la información no es absoluta: (i) las autoridades pueden, *inter alia*, compartir información necesaria para que otras empresas investigadas se puedan defender en virtud del derecho de acceso a la documentación (Art. IX para 1(b) y (d) del Acuerdo de Cooperación); y (ii) la Comisión Europea puede compartir información transmitida por las autoridades suizas a las autoridades nacionales de sus Estados miembros y al Órgano de Vigilancia del AELC (Art. X para 1 del Acuerdo de Cooperación).

⁴³ La ley nacional es de capital importancia. En Europa, la distinción entre aplicación de la ley pública y aplicación de la ley privada es fundamental porque está basada en otra distinción: entre el rol de las autoridades especializadas y las de las jurisdicciones ordinarias. Esta diferencia puede ser menos clara las en los países donde la jurisdicción ordinaria interviene de dos maneras, como es el caso de los EE.UU. Ante una situación internacional, y par verificar su competencia, los tribunales estadounidenses aplican el mismo razonamiento que si el caso fuera diferido por el Departamento de Justicia o por una acción de daños múltiple: consideran su competencia bajo la Sherman Act y su competencia personal del mismo modo que lo haría una jurisdicción europea. Por otro lado, en Europa, un tribunal ordinario debe verificar en primer lugar su competencia internacional en relación con las opciones del derecho internacional privado, y luego considerar el Derecho aplicable, que puede ser derecho extranjero. Esta divergencia en Derecho de la competencia es un mero reflejo de la diferencia fundamental en la concepción del Derecho internacional privado. La concepción europea, inspirada por Savigny, no está reconocida internacionalmente. A pesar que la teoría del conflicto de leyes ha evolucionado considerablemente en Europa en los últimos años, la distinción entre competencia y Derecho aplicable sigue siendo fundamental, Jürgen Basedow, Stéphanie Francq y Laurence Idot *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination* Oxford and Portland, 2012, pp 279 y 280.

Por lo tanto, puede darse una situación en que un actor privado (demandante) necesite acceder documentos y evidencias en poder de autoridades extranjeras para poder reclamar una indemnización antes una jurisdicción civil a nivel nacional. Este hipotético demandante podría ser la víctima de un cartel internacional operando análogamente en varias jurisdicciones como es el caso del oxígeno líquido. El acceso a las evidencias puede ser un factor decisivo para evaluar si la acción por daños puede prosperar. En la mayoría de casos, el proceso civil seguirá a la sanción por una autoridad pública (follow-on action) y podría suscitar los problemas de coordinación siguientes:

- Reconocimiento de la decisión de una autoridad de competencia extranjera por un tribunal civil nacional. Si se otorgara el reconocimiento, ¿Cuál sería el impacto de la decisión administrativa si está limitada en razón a su alcance territorial de las competencias de la autoridad de la competencia? Para determinar el monto exacto de los daños, se requiere acceso a la documentación y evidencias en poder de la autoridad extranjera. Es posible que la resolución administrativa sea suficiente.
- Identificación de la ley aplicable utilizando los criterios de Derecho internacional privado. Sin embargo, se debería establecer la ley aplicable no solo a la reclamación de daños pero también aquella aplicable a la conducta anti-competitiva afectando a varias jurisdicciones.

Como resultado, el Derecho aplicable bajo este razonamiento sería aquél resultante de aplicar las reglas de litigios transfronterizos a la jurisdicción nacional tanto a nivel administrativo como judicial. El principio de extra-territorialidad entra en juego al analizar la aplicación de una norma nacional a la conducta internacional. Tradicionalmente, la aplicación de dicho principio al Derecho de la competencia ha sido considerada como la búsqueda del equilibrio entre disuadir los comportamientos anti-competitivos en el extranjero y el respeto de la soberanía extranjera.

Sería razonable que un país aplicara su legislación de jurisdicción nacional a conductas extranjeras si dichas conductas tuvieran efectos en su jurisdicción. La cuestión sería analizar cómo se podría aplicar el derecho nacional si la empresa está situada fuera de la jurisdicción de la autoridad de competencia. En este sistema, la autoridad de competencia del país concernido debe recabar la cooperación y el apoyo de otras autoridades de competencia donde radique la empresa en cuestión.

En un mundo de leyes de competencia convergentes, gracias al "soft law" internacional proveniente de ICN, OCDE y la UNCTAD, los problemas de jurisdicción pueden resolverse por la aplicación extraterritorial de la legislación nacional. Dado que muchos Estados comparten la substancia de las leyes de competencia en las que se prohíben los carteles de núcleo duro (hard-core), aunque las sanciones puedan variar entre administrativas y penales, el principio de extra-territorialidad debería ser aplicable.

Por ahora, las autoridades de competencia deberían coordinarse mejor en términos de estar enteradas de qué tipo de carteles están siendo investigados en los países vecinos. Por ejemplo, en el caso del oxígeno líquido para uso médico, las autoridades de competencia latinoamericanas estaban investigando colusiones de manera paralela y no coordinada. El mensaje que recibieron los carteles internacionales fue claro: *"pueden continuar sus prácticas colusorias en la licitación pública de manera más sofisticada y no serán detectados en el resto de países"*.

Límites de la cooperación internacional⁴⁴

Al poner en práctica las recomendaciones sugeridas en esta sección, también habría que toma en cuenta los límites de dicha cooperación. A continuación se resumen algunos de ellos:

- El caso del cartel de uranio fue la primera vez que se utilizó la convención de la Haya, en la década de 1970. Sin embargo, resultó ser un fracaso cuando la Cámara de los Lores del Reino Unido y la Corte Suprema de Canadá se negaron a proporcionar pruebas a Cartas Rogatorias de Estados Unidos. Pero en 1987, en casos fuera del área de Derecho de la Competencia, como el caso de Aérospatiale en 1987, la Corte Suprema

⁴⁴ Ver Jürgen, FRANCO, Stéphanie and Laurence IDOT. "International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination". Oxford and Portland, 2012, pp 281 y siguientes

decidió que el uso del proceso puesto en práctica por la comisión era una mera posibilidad y no un medio exclusivo para procesos legales ordinarios.

- Como resultado, la cooperación internacional basada en la convención de la Haya no ha sido efectiva, por lo menos en lo respectivo a relaciones transatlánticas. Por lo que los tribunales estadounidenses han preferido aplicar sus disposiciones nacionales sobre competencia de modo unilateral, como hacían previa ratificación de la Convención de la Haya.⁴⁵
- En lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en todo el mundo, se ha informado un estado óptimo de estabilidad desde 1970 (véase la Convención de la Haya de 1970 y el capítulo sobre el reconocimiento y aplicación de la Convención de la Haya en la selección de la corte del 2005⁴⁶. En este sentido, se tiende a lograr más reconocimiento y ejecución (Francia ha eliminado los obstáculos para reconocer sentencias extranjeras provenientes de terceros países). Sin embargo aún existen grandes diferencias respecto al modelo a seguir, si el estadounidense o el de la U.E.
- Tres cuestiones a considerar al tratar con asuntos de competencia (i) los daños punitivos, que pueden ser ordenados en varios regímenes jurídicos, (ii) la imposición de sanciones administrativas, emitidas por las autoridades de competencia, al margen de los daños civiles impuestos por los tribunales, y (iii) las acciones colectivas.

(i) Observaciones finales

En América Latina las autoridades de competencia tienen posibilidades limitadas para coordinar sus actividades, incluso en las investigaciones paralelas de carteles con alcance internacional. La coordinación actualmente es posible únicamente sobre la base informal de permisos (waivers) por parte de solicitantes de programas de clemencia procedentes de Brasil, México o Chile. De lo contrario, la cooperación se ve limitada estrictamente al intercambio de información pública no confidencial.

Los casos de cartel en el mercado del oxígeno líquido en varias jurisdicciones de América Latina han demostrado que los patrones pueden repetirse cuando las autoridades de competencia no se coordinan entre sí para hacer frente a este tipo de prácticas anticompetitivas transfronterizas y mitigar su impacto en los consumidores locales.

Cabe destacar, que a pesar de la importancia de los contactos informales entre los investigadores, ninguno de estos casos tuvo coordinación entre las autoridades de competencia ni formal ni informalmente. La falta de coordinación efectiva de las acciones y de intercambio de información no confidencial al momento de la investigación de las recurrentes actividades anticompetitivas por las autoridades de competencia no ha sido beneficiosa. De haber sido de otro modo, cuando la autoridad argentina detectó problemas en el mercado en el 2001 y allanó los locales de las empresas involucradas, tal vez algunas de las actividades realizadas por la multinacional de oxígeno líquido podrían haber sido detectadas y prevenidas en otras jurisdicciones previa intervención de las autoridades de competencia.

En un mundo ideal, siguiendo el ejemplo de Argentina y Panamá, las autoridades de Competencia de Perú, Chile, Colombia y Brasil, podrían haber iniciado una investigación internacional sobre un cartel presuntamente nacional con dimensiones regionales. Como la experiencia lo demuestra, este tipo de investigaciones cuentan con grandes ventajas. Las compañías multinacionales tienen presencia física, permitiendo a las autoridades de los países afectados utilizar los instrumentos tradicionales de investigación incluyendo los allanamientos (dawn raids). El intercambio de información no confidencial podría ser suficiente para el seguimiento de las investigaciones. Otra gran ventaja, sobre todo para países en desarrollo, es que les permite granjearse una reputación de persecución de carteles entre las compañías multinacionales que generalmente son miembros de carteles globales.

⁴⁵ The only real change lies in the fact that it is more the development of leniency programmes and the will of competition authorities to preserve these tools, rather than blocking statutes, which cause problems. The recent Rubber Chemicals case, as developed by Maurice Stucke is most interesting in this respect, illustrating how after the commission decided against a cartel disclosed in a leniency request, the question of access to the leniency applicant's declarations arose in an action for damages in the US. The claimant in the triple-damages action was finally refused access to the leniency declarations, after the court proceeded with balancing the competing interests in accordance with the criteria of paragraph 442 Third Restatement.

⁴⁶ Véase también en Estados Unidos: Hilton v. Guyot (1895): buena y a menudo citada como fuente de la ley federal y en UE: Convención de Bruselas de 1968 (reemplazada por la regulación 44/2001 y la Convención de Lugano de 1988

Para superar estos desafíos, las agencias más jóvenes necesitan más experiencia en el trato con carteles internacionales. Con algunas excepciones, la persecución de carteles internacionales es una tarea llevada a cabo por las agencias en los países desarrollados puesto que sufren menos la escasez de recursos. Las autoridades de estas jurisdicciones deberían tomar un rol de liderazgo en la lucha contra los carteles internacionales, invitando a agencias más jóvenes a participar, coordinando esfuerzos en investigaciones conjuntas y actividades de educación.

Otro problema que puede surgir es la diferencia en la naturaleza (judicial/administrativa) de los procedimientos emprendidos por las agencias involucradas así como el grado de progreso en cada momento. El resultado del procedimiento judicial o administrativo puede ser diferente en términos de hechos, duración u otras características de las conductas de los carteles. La manera de evitar diferencias potenciales es que las partes que colaboran con la investigación no se comporten de manera estratégica frente a las distintas autoridades de competencia.

A fin de mejorar la cooperación entre autoridades de competencia, se requerirían las siguientes acciones:

A nivel de ejecución:

- Aplicación de normas nacionales para casos de litigios transfronterizos en diferentes etapas, a nivel judicial y administrativo (según reglas de competencia judicial internacional),
- Convergencia en la definición de “información confidencial” obtenida en casos abiertos de competencia,
- Cooperación entre autoridades de competencia en la obtención de pruebas en el extranjero y reconocimiento legal como prueba válida en casos abiertos,
- Reconocimiento de la resolución administrativa en otros países mediante la aplicación de la cooperación judicial y la jurisprudencia internacional.

A nivel de políticas:

- Mayor convergencia en el *ius standing* ante las sanciones administrativas y penales
- Mayor aplicación de los programas de clemencia en las jurisdicciones Latinoamericanas
- Mejor coordinación en las políticas comerciales y de competencia, sobre todo por el crecimiento de las disposiciones de competencia en los acuerdos comerciales

Finalmente, este es un problema que ha impedido a las autoridades de competencia investigar carteles transfronterizos en América Latina: ¿Cómo manejar la información confidencial cuando dos o más autoridades de competencia deciden investigar el impacto de los regionales o internacionales en sus mercados?