



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
26 de abril de 2013
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en

Derecho y Política de la Competencia

13º período de sesiones

Ginebra, 8 a 12 de julio de 2013

Tema 3 a) del programa provisional

Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos sobre derecho y política de la competencia, examen de la Ley tipo de defensa de la competencia y estudios relacionados con las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas

Modalidades y procedimientos de cooperación internacional en los asuntos de competencia que afectan a más de un país

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Las autoridades encargadas de la competencia se están viendo, cada vez más, en la necesidad de aplicar la política de la competencia a nivel nacional y de hacer frente a las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo. En el presente estudio se describen los modelos de cooperación que existen y la forma en que los mecanismos de cooperación mejoran la capacidad de los organismos reguladores de la competencia para aplicar el derecho de la competencia de manera efectiva. Se examinan los retos que plantea la aplicación del derecho de la competencia a nivel regional e internacional, así como los modelos de cooperación seguidos por diferentes países en el ámbito de la política de la competencia y su contribución a la mejora de la cooperación bilateral, regional e internacional. Se destacan los problemas que tienen los organismos reguladores de la competencia de reciente creación, que dificultan su cooperación en la tramitación de los casos, y al mismo tiempo se reconocen los esfuerzos que se están realizando para mejorar la cooperación. Se señalan las diferencias que existen entre los contenidos sustantivos de las diferentes leyes, entre los sistemas jurídicos y entre las capacidades de aplicación, y la necesidad de promover el mejor entendimiento y la confianza, como medidas indispensables para reforzar la cooperación. El informe concluye con la recomendación de prácticas para una cooperación eficaz basadas en la experiencia adquirida hasta la fecha en esta esfera.

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	3
I. Antecedentes	3
A. Definiciones de conceptos	3
B. Planteamiento de la cuestión	3
II. Formas de cooperación	4
A. Mecanismos multilaterales: la Red Internacional de Competencia, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y la UNCTAD	5
B. Modelos de cooperación regional	6
C. Acuerdos Norte-Sur	13
D. Acuerdos de cooperación bilateral	13
E. Mecanismos de cooperación no oficiales	14
F. Mecanismos de cooperación eficaces: la nueva generación de acuerdos de cooperación de los Estados Unidos de América y la Red Europea de Competencia	15
III. Dificultades de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación para aplicar las leyes sobre la competencia	17
A. Asignación de atribuciones	18
B. Dificultades para el tratamiento de las fusiones y los cárteles transfronterizos	18
IV. Cuestiones de política y prácticas recomendadas	20

Introducción

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su 12º período de sesiones, celebrado del 9 al 11 de julio de 2012, pidió a la secretaria de la UNCTAD que elaborara un informe sobre las modalidades y procedimientos de cooperación internacional en los asuntos de competencia que afectan a más de un país.

2. En el presente estudio se examinan las dificultades que encuentran los organismos reguladores de la competencia para hacer frente a los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas y establecer mecanismos de cooperación eficaces. Los organismos reguladores de la competencia de los países desarrollados y en desarrollo han estado buscando medios de mejorar el proceso de cooperación en materia de aplicación y el intercambio de mejores prácticas. El estudio se basa en investigaciones e informes internacionales recientes, como los estudios de antecedentes de la UNCTAD para los períodos de sesiones 11º (2011) y 12º (2012) del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, entre otros, y en los trabajos actuales y anteriores publicados por las principales organizaciones que se ocupan de la cuestión, como la Unión Europea, la Red Internacional de Competencia (RIC), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y otros expertos en la materia.

I. Antecedentes

A. Definiciones de conceptos

Modalidades

3. A los efectos del presente estudio, por modalidades se entienden los medios y las iniciativas establecidos por las autoridades encargadas de la competencia para cooperar en el tratamiento de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas en el marco de mecanismos oficiales o no oficiales. Esas iniciativas han evolucionado a lo largo del tiempo en múltiples formas.

Procedimientos

4. Por procedimientos se entienden los métodos o las formas establecidas para ejecutar algo. En el presente caso, son los métodos utilizados por las autoridades encargadas de la competencia para cooperar en el tratamiento de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.

B. Planteamiento de la cuestión

5. En una economía cada vez más global, un porcentaje creciente de las transacciones tiene algún tipo de dimensión internacional. Por consiguiente, es preciso aumentar la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia para que la aplicación del derecho de la competencia contribuya de manera efectiva y eficiente a prevenir o eliminar las actividades anticompetitivas. Además, la cooperación, al igual que la convergencia, es un proceso evolutivo que requiere comprensión y confianza. Es importante tratar la información de cada caso de manera confidencial, pero la imposibilidad de debatir o intercambiar esa información con otros organismos reguladores de la competencia limita gravemente la capacidad de cooperar.

6. Por ejemplo, la cooperación en las fusiones transfronterizas puede beneficiar tanto a las empresas como a los organismos reguladores de la competencia, y daría lugar a un análisis sustantivo de los casos, al establecimiento de procesos y plazos adecuados y a peticiones de información¹. La cooperación en la lucha contra las prácticas anticompetitivas, ya sea por la actividad de cárteles internacionales o de resultados de fusiones transfronterizas, también tiene varias ventajas. En un informe de la RIC sobre la cooperación entre organismos en las investigaciones de cárteles se señalan las siguientes ventajas²:

a) En la fase anterior a la investigación, los organismos pueden notificarse entre sí las investigaciones de cárteles que puedan afectar a otras jurisdicciones; diversas jurisdicciones pueden ponerse de acuerdo sobre las empresas y los mercados específicos que han de investigarse;

b) Durante la fase de investigación, los organismos pueden coordinar sus estrategias de investigación, por ejemplo realizando registros simultáneos, enviando citaciones o interrogando a las partes;

c) En la fase posterior a la investigación, los organismos pueden intercambiar información sobre su estrategia de enjuiciamiento o los posibles arreglos y medidas correctivas.

7. Sigue habiendo iniciativas para reforzar la cooperación en el tratamiento de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas a fin de salvar las diferencias en materia de aplicación. Están proliferando los mecanismos de cooperación menos oficiales, como un medio alternativo de cooperar, además de los acuerdos oficiales. La UNCTAD, la RIC y la OCDE son algunas de las organizaciones internacionales que han estudiado estas cuestiones. El presente informe se basa en las conclusiones de un estudio de la OCDE y la RIC y en un examen de los problemas de cooperación específicos de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación en el tratamiento de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.

II. Formas de cooperación

8. Los mecanismos de cooperación para hacer frente a los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas han evolucionado a lo largo de los años, lo que ha dado pie al establecimiento de diferentes sistemas. La cooperación en los asuntos relativos a la competencia puede considerarse desde diferentes perspectivas. A continuación se enumeran algunas de las posibilidades y mecanismos que se pueden utilizar:

a) Cooperación oficiosa basada en el Conjunto de principios y normas equitativos de las Naciones Unidas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (1980);

b) Cooperación oficiosa basada en la Recomendación de la OCDE sobre Cooperación, de 1995³, u otros instrumentos similares de derecho blando sin ningún fundamento jurídico en particular;

¹ Hansen M (2011). Discurso pronunciado en el 11º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la UNCTAD. Ginebra, 19 a 21 de julio. Puede consultarse en www.unctad.org/competition.

² ICN Cartels Working Group (2007). *Cooperation between agencies in cartel investigations*. Report to the ICN Annual Conference. Moscú, mayo (véase la referencia siguiente).

³ ICN Cartels Working Group (2007). *Cooperation between competition agencies in cartel investigations*. Disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc348.pdf.

- c) Cooperación basada en renunciias;
- d) Cooperación basada en disposiciones de la legislación nacional;
- e) Cooperación basada en acuerdos e instrumentos no específicamente referidos a la competencia;
- f) Cooperación basada en acuerdos específicamente referidos a la competencia;
- g) Instrumentos de cooperación regional.

9. Un estudio reciente de la RIC y la OCDE⁴ contenía una encuesta que permitió a los miembros intercambiar experiencias, opiniones y formas de mejorar la cooperación en materia de aplicación del derecho de la competencia. Los puntos importantes que cabe señalar son que un considerable número de organismos reguladores de la competencia afirmaron tener muy poca o ninguna experiencia en la cooperación interinstitucional en casos específicos, y algunos organismos de reciente creación mencionaron que tenían dificultades para pedir asistencia a organismos reguladores de la competencia más avanzados. Esto demuestra la existencia de problemas estructurales, jurídicos y de comportamiento que es necesario abordar, para que los beneficios de la cooperación se extiendan más allá de los países de la OCDE, donde ya ha habido logros ejemplares.

10. Se señalaron dos instrumentos jurídicos que los organismos utilizan con frecuencia para establecer una cooperación oficial: los acuerdos bilaterales y las renunciias a la confidencialidad. Según los resultados de la encuesta, también se suele recurrir a disposiciones específicas contenidas en las leyes nacionales. Sin embargo, se constató que el instrumento menos aplicado por los países no miembros de la OCDE era la renuncia a la confidencialidad. Esto puede deberse a que, si bien los reglamentos de la Unión Europea prevén en general esa renuncia, muchos acuerdos regionales de países en desarrollo pueden no contener ese tipo de disposiciones o, si las contienen, esas disposiciones pueden no haberse aplicado.

11. Aunque se informó de la existencia de disposiciones de cortesía en muchos acuerdos nacionales, bilaterales y multilaterales, su aplicación ha sido limitada. Muy pocos organismos han utilizado disposiciones de cortesía, como la notificación de casos o la solicitud de asistencia en la investigación. Esto podría atribuirse a la evolución de las prácticas de aplicación, con la introducción de sistemas abiertos en que los organismos reguladores de la competencia utilizan medios (sociales y/u oficiales) que les permiten intercambiar información sobre los casos con interlocutores tanto internos como externos. Gracias al establecimiento de contactos y a los conocimientos y avances tecnológicos, se ha vuelto más fácil mantener conversaciones oficiosas por teléfono, correo electrónico, Skype y medios similares y obtener información sobre casi cualquier cuestión al instante.

A. Mecanismos multilaterales: la Red Internacional de Competencia, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y la UNCTAD

12. La labor sobre la política de la competencia en el marco de las Naciones Unidas se inició en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y desde 1964 se desarrolla bajo los auspicios de la UNCTAD. Las negociaciones culminaron en la aprobación por unanimidad del Código de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, que contenía una serie de recomendaciones a los Estados miembros que

⁴ OCDE (2013) Working party N° 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3(2013)2. París. 12 de febrero. Disponible en [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En).

incluían la cooperación en la aplicación del derecho de la competencia. En este marco, la UNCTAD, gracias a su estructura intergubernamental y a sus actividades de fomento de la capacidad, ha servido de foro en los últimos cuatro decenios para que sus Estados miembros intercambiaran información y debatieran cuestiones de actualidad, como la aprobación y aplicación del derecho de la competencia en los países en desarrollo y las economías en transición, el intercambio de mejores prácticas mediante el fomento de la capacidad y la celebración de consultas sobre cooperación internacional.

13. Hace 50 años, la OCDE publicó un conjunto de recomendaciones a los Estados miembros sobre el tratamiento legislativo y administrativo de las prácticas comerciales restrictivas. Estas recomendaciones llevaron directamente a la recopilación y difusión de información sobre la evolución del derecho de la competencia en los Estados miembros de la OCDE y, 20 años más tarde, a la recomendación formulada por la OCDE en 1986 de que las autoridades encargadas de la competencia previeran la notificación entre gobiernos de toda medida de aplicación que pudiera afectar directamente a los intereses de otro Estado miembro o sus nacionales.

14. La RIC es otro mecanismo multilateral integrado por organismos reguladores de la competencia de países tanto desarrollados como en desarrollo que se reúnen para examinar cuestiones relativas a la competencia, y sirve de foro para el intercambio de ideas y mejores prácticas. En su declaración de objetivos se señala que sus fines son, entre otras cosas⁵, "promover la aprobación de normas y procedimientos superiores en el ámbito de la política de competencia en todo el mundo, formular propuestas de convergencia procedimental y sustantiva y tratar de facilitar una cooperación internacional eficaz en beneficio de los organismos miembros, los consumidores y las economías de todo el mundo".

B. Modelos de cooperación regional

15. Las iniciativas de cooperación a nivel regional y subregional han evolucionado en los dos últimos decenios. Hay muchos acuerdos comerciales bilaterales con disposiciones sobre la competencia entre países desarrollados (Norte-Norte), entre países desarrollados y en desarrollo (Norte-Sur) y entre países en desarrollo (Sur-Sur). Estas iniciativas reflejan la necesidad de cooperar en el tratamiento de las prácticas anticompetitivas transfronterizas, en especial las relativas a las fusiones y adquisiciones y a los cárteles.

16. En este contexto, existen acuerdos de cooperación oficiales redactados, negociados y firmados por las partes interesadas. Estos acuerdos son generalmente más amplios que la política de la competencia y regulan también otros aspectos del comercio. En el presente informe se examinan las disposiciones de esos acuerdos que se refieren a la competencia, los mecanismos de cooperación que contienen y lo que se hace en la práctica, sobre el terreno, para resolver los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas. Entre esos acuerdos cabe citar los establecidos en el seno de la Unión Europea, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en América del Sur, el Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA), la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMAO), la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN).

⁵ Véase <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/agency-effectiveness.aspx>.

17. La mayoría, si no la totalidad, de las agrupaciones regionales se inspiran en el régimen de la competencia de la Unión Europea, que se considera el que mejor afronta las prácticas anticompetitivas transfronterizas, incluidas las complejas disposiciones legales para la cooperación en virtud del artículo 11, párrafo 3, del Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea. Lo que aún no se sabe es por qué no se ha conseguido el mismo éxito en otros acuerdos regionales.

18. La experiencia de muchas otras jurisdicciones, con independencia de su ubicación geográfica, ha demostrado que las disposiciones sobre la competencia de los acuerdos regionales no se han aplicado. La cuestión fundamental, que aún persiste en la mente de los expertos, se expresa acertadamente en la siguiente cita: "¿Por qué tantos países invierten en adoptar esos acuerdos, cuando los obstáculos para su buen funcionamiento son tan grandes?"⁶ Esto nos lleva a la cuestión de las modalidades de cooperación y a la necesidad de estudiar más detalladamente qué está frenando realmente el proceso. En la obra anteriormente citada, Bakhoun y otros señalan además que los beneficios de los acuerdos regionales sobre la competencia dependen de "las modalidades de cooperación" previstas en sus disposiciones.

19. Los acuerdos de cooperación regionales varían. Pueden establecerse regímenes de aplicación conjunta sometidos a una autoridad superior, ya sea con atribuciones exclusivas (UEMAO) o con atribuciones paralelas a las de los organismos reguladores de la competencia nacionales (COMESA y CARICOM). Los expertos reconocen que es muy probable que esos mecanismos sean beneficiosos para sus miembros. Otros mecanismos prevén formas de cooperación menos complejas, pero pueden contemplar el intercambio de información y de mejores prácticas y el fomento de una cultura de la competencia, como en el caso del MERCOSUR y la ASEAN. A continuación se examinan estos diferentes regímenes de cooperación.

Mercado Común del África Meridional y Oriental

20. El COMESA estableció un marco para hacer frente a las prácticas anticompetitivas transfronterizas al aprobar una legislación y una política de la competencia para la región, el Reglamento y las Normas de la Competencia de 2004⁷. Para la integración regional en el comercio y la inversión se requiere un marco justo, transparente y previsible que permita desarrollar una actividad empresarial en el marco de una reglamentación y orientación en materia de competencia. El Tratado del COMESA es uno de los más amplios en lo que respecta a las disposiciones sobre la competencia y su correspondiente marco institucional (UNCTAD 2005⁸, 2009⁹ y 2010¹⁰). El Reglamento y las Normas de la Competencia del COMESA constituyen un amplio instrumento de cooperación, con disposiciones detalladas sobre mecanismos institucionales, prácticas comerciales anticompetitivas, abuso de

⁶ Gal MS y Faibish I (2011). "Regional agreements of developing jurisdictions: unleashing the potential". En: Bakhoun M, Drexel J, Gal MS, Gerber D y Fox E, editores (2012), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*. Social Science Electronic Publishing. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1920290>.

⁷ Véanse el Reglamento y las Normas de la Competencia del COMESA, de diciembre de 2004.

⁸ Véase el capítulo 11, "Allocation of competences between national and regional competition authorities: the case for COMESA", en: UNCTAD (2005). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Publicación de las Naciones Unidas. UNCTAD/DITC/CLP/2005/1. Nueva York y Ginebra.

⁹ UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. TD/B/COM.2/CLP/69. Ginebra. 23 de mayo.

¹⁰ UNCTAD (2011). Examen de la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, en particular a nivel regional. TD/B/C.I/CLP/10. Ginebra. 10 de mayo.

posición dominante, fusiones y adquisiciones, y protección del consumidor. En la Parte 2 del Reglamento y las Normas de la Competencia se prevé el establecimiento de la Comisión de la Competencia del COMESA. Dicha Comisión fue establecida en 2012 y comenzó a funcionar a principios de 2013. No obstante, el conflicto de atribuciones respecto del examen de las fusiones entre el COMESA y los organismos reguladores de la competencia nacionales pone en peligro la viabilidad de la nueva institución como instrumento eficaz para la aplicación del derecho de la competencia y la cooperación internacional. Debe darse prioridad a elaborar directrices y procedimientos claros para evaluar las fusiones y adquisiciones, a fin de evitar tensiones entre la institución regional y sus organismos miembros, así como gastos innecesarios para las empresas.

21. La aplicación del Reglamento y las Normas de la Competencia del COMESA ha llevado algunos años. Uno de los principales obstáculos que han ocasionado ese retraso es la insuficiencia de recursos, tanto humanos como financieros, para poner en funcionamiento la Comisión de la Competencia y otras instituciones del COMESA. La dificultad radica en establecer un orden de prioridad entre los distintos ámbitos de trabajo y en determinar los conocimientos disponibles, en especial sobre las cuestiones relacionadas con la competencia y sus efectos en el comercio entre los Estados miembros. La Comisión de la Competencia del COMESA ya se ha establecido y a finales de 2012 se había contratado a su personal clave. Está previsto que comience a tramitar casos en 2013. Los Estados miembros tienen ahora el reto de asegurar la sostenibilidad de sus actividades, fomentar los conocimientos especializados, colaborar con los organismos nacionales y participar en actividades de cooperación internacional.

Unión Económica y Monetaria del África Occidental

22. La UEMAO¹¹ cuenta con una Comisión de la Competencia supranacional que tiene atribuciones exclusivas en lo que respecta a las cuestiones nacionales y regionales relativas a la competencia. En la actualidad hay casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas en los sectores de las telecomunicaciones, el transporte, la distribución y la construcción. Al nivel de los organismos reguladores de la competencia nacionales, muchos Estados miembros no disponen de los recursos necesarios para resolver los casos nacionales, incluso en los sectores regulados.

23. El Tratado de la UEMAO establece un derecho de la competencia común y una autoridad regional de carácter supranacional con atribuciones absolutas respecto de todos los casos de competencia. El examen voluntario entre homólogos de la UEMAO realizado en 2007 en la UNCTAD¹² indicó que las normas sobre competencia de la Unión habían cambiado la forma en que los Estados miembros tramitaban los casos de competencia. El examen reveló que, en el Senegal, la jurisdicción exclusiva de la Comisión de la Competencia de la UEMAO se consideraba "un obstáculo para el comienzo de la labor en esta esfera por parte del Ministerio de Comercio y la Comisión de la Competencia".

¹¹ UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. TD/B/COM.2/CLP/69. 23 de mayo.

¹² UNCTAD (2008). *Examen voluntario entre homólogos de las políticas de la competencia de la UEMAO, Benin y el Senegal*. Publicación de las Naciones Unidas. UNCTAD/DITC/CLP/2007/1. Nueva York y Ginebra.

También indicó que, en Côte d'Ivoire, donde había habido un número relativamente grande de casos entre 1994 y 2001, no se había tramitado ningún caso después de 2001¹³.

24. Se señalaron dos factores que obstaculizaban la aplicación de las leyes sobre competencia en la jurisdicción de la UEMAO: en primer lugar, la dificultad "psicológica" para aceptar la opinión del tribunal que concede la jurisdicción exclusiva a la Comisión regional y, en segundo lugar, la necesidad de adaptar las legislaciones nacionales a las normas regionales. La atribución de jurisdicción exclusiva a la Comisión de la Competencia de la UEMAO, pero sin suficientes recursos humanos o financieros para hacer cumplir la legislación, sumada al desmantelamiento de las facultades de los organismos reguladores de la competencia nacionales, como ocurrió en Benin, Côte d'Ivoire y el Senegal, hizo que la UEMAO se convirtiera en un paraíso para los cárteles y otras actividades ilícitas de ese tipo. Ante este problema, la Comisión de la Competencia de la UEMAO elaboró, con la asistencia de la UNCTAD, un programa de tres años para formular un conjunto de directrices y un programa de fomento de la capacidad destinados a promover la aplicación de las normas sobre competencia de la comunidad a nivel tanto nacional como regional.

Comunidad del África Meridional para el Desarrollo

25. El Tratado de la SADC (1992) no contiene disposiciones sobre la competencia. No obstante, el artículo 25 del Protocolo Comercial de la SADC exige que los Estados miembros adopten medidas globales de desarrollo del comercio dentro de la región que prohíban las prácticas comerciales desleales y fomenten la competencia¹⁴. Por consiguiente, en una conferencia ministerial de la SADC celebrada en 2007 se encargó a la secretaría que elaborara mecanismos de cooperación entre los Estados miembros para la aplicación de sus leyes sobre la competencia y la protección del consumidor. Los Estados miembros optaron por el enfoque flexible de la cooperación oficiosa.

26. En 2007, la SADC estableció el Comité de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor para que se encargara de las consultas y la cooperación en materia de competencia y protección del consumidor. El Comité celebra una reunión anual a la que asisten todos los organismos reguladores de la competencia nacionales y otros funcionarios encargados de la competencia. Se le considera un foro para oficializar gradualmente los sistemas de cooperación acordados por los Estados miembros. La idea era que los Estados miembros presentaran casos para su debate en las reuniones del Comité, pero eso no sucede desde 2008, debido a diversos problemas. La labor de fomento de la cooperación oficiosa entre los organismos reguladores de la competencia avanza de manera satisfactoria. Por ejemplo, en 2012 la SADC puso en marcha una base de datos en línea sobre el intercambio de información no confidencial acerca de los casos de competencia abiertos y cerrados (véase el recuadro 1).

¹³ OCDE (2013). Working party N° 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3(2013)2. París. 12 de febrero. Disponible en [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2013\)2&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2013)2&docLanguage=En); y UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. TD/B/COM.2/CLP/69. Ginebra. 23 de mayo.

¹⁴ Mathis J (2005). *The South African Customs Union (SACU): A Regional Cooperation Framework on Competition Policy and Unfair Trade Practices*. Publicación de las Naciones Unidas. UNCTAD/DITC/CLP/2005/3. Nueva York y Ginebra.

Recuadro 1**Base de datos en línea de la SADC sobre la tramitación de casos de competencia**

Una de las medidas adoptadas recientemente en la SADC con objeto de reforzar la cooperación y el intercambio de información sobre casos relacionados con la competencia es el establecimiento de una base de datos en línea sobre la tramitación de esos casos. El sistema tiene por objeto facilitar el intercambio de información entre los organismos reguladores de la competencia de los Estados miembros. El nuevo sistema permite a los Estados miembros publicar esa información en el portal de la SADC, en beneficio de otros miembros. El sistema ha entrado en funcionamiento y los países ya han comenzado a publicar información sobre casos. El intercambio de información confidencial es un asunto complejo, pero esta iniciativa es un paso positivo hacia la cooperación en la tramitación de casos transfronterizos.

Fuente: Secretaría de la SADC.

27. La secretaría de la SADC no tiene una gran oficina de defensa de la competencia, y depende de la voluntad de los Estados miembros de apoyar esa labor. La mayor dificultad para crear mecanismos de cooperación en el marco de la SADC ha sido determinar los ámbitos de interés común y establecer procedimientos, a fin de encontrar un terreno común y los medios de cooperar para resolver las cuestiones que preocupan. Las limitaciones de la capacidad varían según los países. Por ejemplo, solo Sudáfrica ha logrado afrontar eficazmente los casos de cárteles, sobre todo tras la introducción de un programa de indulgencia. Otros países que han logrado incluir programas de indulgencia en sus leyes se ven limitados por la falta de recursos humanos y financieros suficientes para aplicar plenamente esas disposiciones.

28. En la SADC, solo Sudáfrica ha podido hacer frente a los casos de cárteles. Como ejemplos de los casos de cárteles tramitados por Sudáfrica en los que presuntamente estaban implicados otros Estados miembros de la SADC cabe citar los de los sectores de los fertilizantes, las semillas de maíz y la construcción. La mayoría de los demás miembros de la SADC carecen de suficientes recursos para hacer frente a los cárteles. Además, sus leyes no atribuyen las facultades necesarias para organizar registros por sorpresa, ni prevén programas de indulgencia o disposiciones para el intercambio de información en estos casos. Estas diferencias en el ámbito de aplicación y las atribuciones dificultan aún más la cooperación regional en el marco de la SADC.

29. Otro importante problema a que se enfrenta la región de la SADC es el de los casos de fusiones, que afectan sobre todo a empresas de Sudáfrica y tienen repercusiones indirectas en otros Estados miembros de la comunidad. Un buen ejemplo es el de la fusión entre Walmart y Massmart, que afectó a muchos, si no a todos, los países de la SADC. Otro problema es el de las medidas correctivas diferentes, y a veces contradictorias, previstas por los distintos organismos, lo que dificulta enormemente la armonización y la cooperación.

Comunidad del Caribe

30. El Tratado Revisado de Chaguaramas de 2001 estableció la CARICOM y el Mercado y la Economía Únicos de la CARICOM¹⁵. En la parte primera del capítulo VIII del Tratado se incorporaron disposiciones relativas a la competencia como parte de la iniciativa encaminada a crear una cultura de la competencia y contribuir al crecimiento de los Estados de la CARICOM en el marco del mercado único. La Comisión de la Competencia de la CARICOM tiene el mandato de combatir las prácticas anticompetitivas transfronterizas en la CARICOM. Algunos obstáculos jurídicos y estructurales dificultan el funcionamiento eficaz de la Comisión.

31. Los principales problemas con que tropieza la Comisión de la Competencia guardan relación con las deficiencias del marco jurídico, que es demasiado genérico y muy amplio. Para que esas disposiciones sean viables y aplicables, la Comisión debe elaborar directrices, mediante un proceso de perfeccionamiento y definición, que tengan en cuenta la actual situación económica, política y social de la región.

32. Otro obstáculo jurídico que afecta al funcionamiento de la Comisión es la diferencia entre los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la CARICOM. Mientras que en la mayoría de los Estados rige el *common law*, en Haití y Suriname se aplica el derecho civil basado en el derecho continental europeo. La Comisión debe tener en cuenta ambos sistemas jurídicos al tratar de elaborar reglamentos y procedimientos para la aplicación de normas sobre la competencia en la comunidad.

33. Como en el caso de la UEMAO, la Comisión de la Competencia de la CARICOM tiene problemas relacionados con el reparto de las atribuciones entre la propia Comisión, el Consejo para el Comercio y el Desarrollo Económico, la Corte de Justicia del Caribe y los organismos reguladores de la competencia nacionales. Por ejemplo, Barbados, Belice y Guyana han designado a la Corte de Justicia como su más alta instancia judicial, mientras que, en virtud del Tratado, esa Corte de Justicia es el tribunal de primera instancia y tiene la autoridad exclusiva para interpretar las disposiciones del Tratado¹⁶. Otra cuestión fundamental es la forma en que la Comisión de la Competencia colabora con las pequeñas economías insulares de la secretaría de la competencia de la Organización de Estados del Caribe Oriental en los casos de conductas anticompetitivas¹⁷.

América Latina

34. En América Latina, las agrupaciones regionales citadas en el presente estudio son la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Estas agrupaciones apenas han dedicado esfuerzos a la aplicación de disposiciones regionales sobre la competencia. La Comunidad Andina regula en su Decisión 608 las prácticas anticompetitivas cuyos efectos se produzcan en dos o más Estados miembros, y establece que los demás casos incumbirán a los organismos reguladores de la competencia nacionales. La aplicación de la Decisión 608 ha tropezado con diversos obstáculos, entre ellos la dificultad para las autoridades nacionales de llevar a la práctica las decisiones de la secretaría de la Comunidad Andina, debido en parte a carencias institucionales como la falta de una estructura apropiada, dotada de recursos

¹⁵ UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. TD/B/COM.2/CLP/69. Ginebra. 23 de mayo.

¹⁶ Menns KL y Eversley D (2011). *The appropriate design of the CARICOM Competition Commission*. Documento presentado en la Conferencia de Lutheran Education Australia. Amsterdam, 20 de mayo.

¹⁷ UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia. TD/B/COM.2/CLP/69. Ginebra. 23 de mayo.

humanos adecuados y especializados, que facilite la coordinación con las autoridades nacionales.

35. En el MERCOSUR, las disposiciones sobre competencia existentes no se han aplicado porque las disposiciones del tratado no definen claramente si las normas sobre la competencia se aplican a las prácticas anticompetitivas prohibidas a nivel nacional o a las transfronterizas. Además, las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre la competencia y las discrepancias acerca de la relación entre el derecho de la competencia y las medidas antidumping suscitan polémica en el MERCOSUR.

Asia Oriental y Sudoriental

36. En Asia Oriental y Sudoriental hay acuerdos regionales como la ASEAN, el Área de Libre Comercio de la ASEAN y la Cooperación Económica Asia-Pacífico. Estos grupos no han incluido disposiciones sobre la competencia en sus acuerdos comerciales, por lo que de momento no se plantea ningún problema de asignación de atribuciones. Sin embargo, la Cooperación Económica Asia-Pacífico es muy activa en materia de competencia y en 1996 estableció el Grupo de Política de la Competencia y Desregulación con objeto de mejorar el entorno competitivo en la región y fomentar la comprensión de las leyes y políticas de la competencia regionales. La Cooperación Económica Asia-Pacífico organiza cursos de capacitación y de intercambio de experiencias, entre otras actividades.

37. Otro motivo de gran preocupación en relación con la cooperación en la investigación de casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas es la cuestión de la tramitación efectiva de los casos. Uno de los principales retos es la disponibilidad de recursos suficientes para tramitar los casos con eficacia y eficiencia.

38. Como se ha señalado anteriormente, la Comisión de la Competencia de la UEMAO es un órgano supranacional que tiene atribuciones absolutas para ocuparse de los casos de competencia. La falta de capacidad de los organismos reguladores de la competencia nacionales y regionales es un problema muy real. Además, la tramitación de los casos puede imponer una limitación importante a la Comisión de la Competencia regional, ya que los costos de transporte en la región son prohibitivos y absorben gran parte del presupuesto de la Comisión. Esto influye en el número y la duración de los casos tramitados.

39. Las empresas prefieren trabajar con el organismo regional, lo que resulta frustrante para los organismos nacionales. La UEMAO ha tratado de subsanar este problema mediante conversaciones con determinados funcionarios de esos organismos. Burkina Faso, Côte d'Ivoire y el Senegal tienen organismos reguladores de la competencia independientes, pero su mandato respecto del órgano regional no está claro. Existe la voluntad, pero otros obstáculos, como la falta de independencia operacional de los organismos nacionales (Benin y el Senegal), limitan su capacidad para iniciar investigaciones sin la cooperación de los ministerios competentes.

40. En otros casos, no hay ningún funcionario encargado específicamente de las cuestiones relacionadas con la competencia, por lo que resulta muy difícil establecer una coordinación a nivel de la UEMAO. Algunos países, como Guinea Bissau y el Togo, no cuentan con una dependencia de política de la competencia, lo que significa que todas las cuestiones relativas a la competencia deben tratarse a nivel regional. Uno de los instrumentos que la UEMAO está aplicando para abordar la cuestión de la coordinación es el establecimiento de contactos con el personal de los organismos nacionales. En los países que tienen un ministro encargado de la competencia, la UEMAO ha mantenido conversaciones con las autoridades competentes y ha pedido que se asignen funcionarios que se ocupen específicamente, a tiempo completo, de las cuestiones relativas a la competencia.

41. Otros esfuerzos desplegados en la UEMAO han consistido en enviar delegaciones a los organismos reguladores de la competencia nacionales para promover la búsqueda de consenso y en establecer un comité consultivo regional integrado por funcionarios de los organismos regionales y nacionales. Este comité se reunirá dos veces al año a partir de 2013 y examinará las decisiones sobre los casos antes de que pasen a ser definitivas. La UEMAO también está elaborando normas de procedimiento para que los organismos nacionales puedan ocuparse de todos los casos salvo los de carácter transfronterizo.

C. Acuerdos Norte-Sur

42. El fortalecimiento de los regímenes de derecho de la competencia es un componente esencial de las reformas de la regulación que se están llevando a cabo en muchos países en desarrollo y economías en transición. Para lograr ese objetivo, los países han negociado nuevas formas de acuerdos de cooperación. Por ejemplo, la Unión Europea introdujo normas de competencia en los Acuerdos de Asociación que firmó con sus asociados mediterráneos y con los países de África, el Caribe y el Pacífico. Sin embargo, esas disposiciones no proporcionan una protección adecuada contra las prácticas anticompetitivas que afectan al comercio interno y al comercio entre esos bloques. Ninguno de estos acuerdos de cooperación bilateral sobre política de la competencia entre la Unión Europea y los asociados mediterráneos se ha aplicado hasta ahora.

43. Lo mismo cabe decir del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y América Central, concertado en 2010, y de otros acuerdos de asociación económica. Por lo general, los regímenes de derecho de la competencia adoptados por los muchos asociados en desarrollo no se aplican debidamente, lo que hace que numerosas prácticas anticompetitivas a nivel nacional queden impunes. Para ser eficaz, la cooperación en materia de competencia debe incluir un plan de aplicación de los acuerdos respectivos. A tal efecto, es importante establecer un calendario, respaldado por un programa de aplicación general y por actividades de fomento de la capacidad que permitan a todas las partes cumplir sus obligaciones internacionales.

D. Acuerdos de cooperación bilateral

44. Hay muchos acuerdos bilaterales sobre la competencia, ya que su número ha aumentado enormemente en los últimos 20 años. Una característica común es que todos prevén la asistencia mutua en la tramitación de los casos transfronterizos. Cabe citar como ejemplos los acuerdos entre la Unión Europea y Sudáfrica, el Canadá y Costa Rica, Australia y Tailandia, Australia y Singapur, y México y el Japón, entre otros.

45. Los Estados Unidos de América han concertado una serie de acuerdos de cooperación bilateral con Alemania, Australia y el Canadá. Se trata de acuerdos de cooperación destinados en gran medida a evitar los conflictos que plantea la aplicación del derecho de la competencia, en especial en los casos extraterritoriales. Los acuerdos se limitan principalmente a prever la notificación de medidas de aplicación, la celebración de consultas para resolver conflictos y el intercambio de información que puede divulgarse en virtud de las leyes de confidencialidad. En 2000, los Estados Unidos de América firmaron también acuerdos bilaterales con el Brasil e Israel.

46. La República de Corea también ha firmado un acuerdo de cooperación bilateral con la Unión Europea, y el Japón tiene acuerdos similares con Indonesia y Malasia. El Canadá firmó un acuerdo de cooperación con Costa Rica¹⁸. Todos estos acuerdos contienen disposiciones sobre la competencia destinadas a facilitar el intercambio de información y mejores prácticas para la tramitación eficaz de los casos de prácticas anticompetitivas, en especial los de carácter transfronterizo.

47. En 1991, la firma de un acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Comisión Europea marcó un punto de inflexión en la cooperación relativa a la política de la competencia. Si bien estos acuerdos contienen disposiciones sobre la notificación que tienen por objeto evitar conflictos, dan más importancia a la cooperación para lograr una aplicación más eficiente y eficaz. La innovación más importante en el acuerdo fue su disposición de "cortesía positiva", por la que una parte puede pedir a la otra que lleve a cabo una investigación. Aunque la disposición aún no ha sido invocada oficialmente, constituye un importante elemento de cooperación en la aplicación del derecho de la competencia.

E. Mecanismos de cooperación no oficiales

48. Existen modalidades no oficiales de cooperación internacional en muchas jurisdicciones. Por lo general revisten la forma de redes u otras formas de colaboración puntual. En los últimos años han surgido mecanismos de cooperación no oficial sobre cuestiones de competencia en muchas partes del mundo. Se han utilizado diferentes instrumentos para tratar de buscar medios de intercambiar información y mejores prácticas, sobre todo información relacionada con los casos. Esos instrumentos van desde memorandos de entendimiento a nivel bilateral, en particular entre dos países (por ejemplo, entre el Japón e Indonesia), hasta foros para la creación de redes y otros mecanismos similares.

49. Algunos de estos instrumentos tienen mecanismos de cooperación para casos específicos, mientras que otros son de carácter general. Varios organismos reguladores de la competencia nacionales han establecido redes de contacto oficiosas y han creado un nivel de confianza que hace que los funcionarios encargados de la competencia puedan recurrir al teléfono para solicitar información sobre los casos sin que medie un acuerdo oficial. También están surgiendo foros de contactos en muchas regiones, como, por ejemplo, la Red Euromediterránea de la Competencia y el Foro Africano de la Competencia.

¹⁸ Cabe destacar también los siguientes acuerdos: Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y Australia (junio de 1982); Acuerdo de Asistencia Mutua entre los Estados Unidos de América y Australia para la Aplicación de la Legislación Antitrust; Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y el Brasil (octubre de 1999); Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y el Canadá (agosto de 1995); Acuerdo de Cooperación en materia de defensa de la competencia entre los Estados Unidos de América y Chile (marzo de 2011); Memorando de Entendimiento entre los Estados Unidos de América y China sobre Cooperación Antitrust y Antimonopolio (julio de 2011); Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y Alemania (junio de 1976); Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas (septiembre de 1991); *Best practices on cooperation in merger investigations* (Mejores prácticas de cooperación en las investigaciones de fusiones) establecidas por el Grupo de Trabajo sobre Fusiones de los Estados Unidos de América y la Unión Europea (octubre de 2002); Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América e Israel (marzo de 1999); Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos de América y el Japón (octubre de 1999); Acuerdo entre los Estados Unidos de América y México (julio de 2000); Recomendación de los Estados Unidos de América y la OCDE sobre cooperación entre países miembros (julio de 1995). Véase UNCTAD (2006). Experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación bilateral, regional e internacional. TD/B/COM.2/CLP/21/Rev.4. 6 de septiembre.

50. Cabe señalar que las formas de cooperación no oficiales han ganado importancia en el último decenio, en especial en las regiones en que hay acuerdos oficiales que aún no han sido aplicados, o en que no hay ese tipo de acuerdos. Los procedimientos de carácter no demasiado oficial dejan un margen de planificación y maniobra que permite tener más flexibilidad para determinar la forma de cooperación y de aplicación de la legislación. Esto puede explicar la reciente proliferación de métodos alternativos de cooperación para la tramitación de los casos de competencia.

51. La UNCTAD ha contribuido, a través de su proceso de examen voluntario entre homólogos, a las iniciativas de cooperación no oficiales entre organismos reguladores de la competencia, en particular a la polinización cruzada entre organismos reguladores de la competencia recientes y veteranos. Uno de los elementos más valorados de los exámenes voluntarios entre homólogos de la UNCTAD es el examen de los acuerdos regionales sobre competencia, como el de la UEMAO y sus Estados miembros¹⁹ y el examen tripartito de la República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe²⁰. En los dos informes sobre el examen entre homólogos y sus respectivas recomendaciones se destacaron las esferas apropiadas en que la cooperación interinstitucional podía ser más útil y se propusieron reformas, así como la adopción de mejores prácticas. Los organismos examinados que están de acuerdo con las recomendaciones de la UNCTAD se benefician de actividades de fomento de la capacidad durante un período de hasta tres años.

52. Otras dos iniciativas de cooperación puestas en marcha por la UNCTAD son el Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia, de la UNCTAD y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA)²¹, y, más recientemente, la Plataforma Común de Información de la UNCTAD²². La labor del Grupo de Trabajo de la UNCTAD y el SELA se ha centrado en el intercambio de información, experiencias y mejores prácticas a fin de reforzar la cooperación en la esfera del comercio y la competencia. Está previsto que la Plataforma Común de Información electrónica sea una base de datos en línea y un foro virtual para que los organismos reguladores de la competencia intercambien información no confidencial sobre los casos. La plataforma les permitirá publicar y consultar información sobre los casos tramitados por otros organismos y, es de esperar, utilizar esa información para tramitar casos similares en sus jurisdicciones.

F. Mecanismos de cooperación eficaces: la nueva generación de acuerdos de cooperación de los Estados Unidos de América y la Red Europea de Competencia

53. En los últimos 20 años, los Estados Unidos de América y la Unión Europea han intercambiado notificaciones y abundante información pública para ayudarse mutuamente a definir los mercados geográficos y de productos y estudiar medidas correctivas en investigaciones paralelas. La cooperación también implica contactos diarios entre las autoridades para examinar cuestiones de interés común, lo que contribuye a mejorar la comprensión de sus respectivas leyes y de los "intereses significativos" de la otra parte.

¹⁹ UNCTAD (2008). *Examen voluntario entre homólogos de las políticas de la competencia de la UEMAO, Benin y el Senegal*. Publicación de las Naciones Unidas. UNCTAD/DITC/CLP/2007/1. Nueva York y Ginebra.

²⁰ UNCTAD (2012). *Examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Informe tripartito sobre la República Unida de Tanzania, Zambia y Zimbabwe*. Publicación de las Naciones Unidas. UNCTAD/DITC/CLP/2012/1. Nueva York y Ginebra.

²¹ El Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia de la UNCTAD y el SELA, establecido en 2008, está integrado por expertos en comercio y competencia de 25 países de América Latina y el Caribe.

²² Azrachi HA y Qaqaya H (2012). "UNCTAD's Collaborative information platform". *Concurrences*. 4-2012: 204-207.

54. La nueva generación de acuerdos de cooperación de los Estados Unidos de América es compleja. Según la Sra. Varney, Comisionada de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (1995), "la característica esencial de la Ley es que la prohibición habitual del intercambio de información confidencial no se aplica si existe un acuerdo con una autoridad de la competencia o un gobierno extranjero que prevé el intercambio recíproco de documentación antitrust, contiene garantías suficientes de trato confidencial y permite que el organismo a quien se pida asistencia la deniegue si considera que ello va en contra de sus intereses públicos"²³. Una vez que ese acuerdo ha entrado en vigor, y después de la necesaria determinación del interés público, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia están autorizados a compartir información confidencial de sus archivos y a utilizar sus propias facultades de investigación para recopilar la información confidencial solicitada por una autoridad extranjera encargada de la competencia. La Ley y el acuerdo a que se refiere se rigen por tres principios rectores: a) la reciprocidad; b) la protección de la información confidencial; y c) la determinación del interés público caso por caso.

55. La Red Europea de Competencia (REC) es uno de los mecanismos más eficaces para hacer frente a las prácticas anticompetitivas transfronterizas. Opera en virtud del mandato de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea sobre el funcionamiento de la Unión Europea. El Tratado establece las bases de la cooperación entre la Comunidad Europea y los organismos reguladores de la competencia nacionales para la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias. En el marco de la REC, la Comisión Europea y los organismos reguladores de la competencia de los Estados miembros cooperan notificándose los nuevos casos, coordinando las investigaciones, prestándose asistencia mutua en las investigaciones e intercambiando información y pruebas, entre otras cosas. El Reglamento 1/2003 impone a los tribunales y los organismos reguladores de la competencia nacionales la obligación de aplicar el derecho de la competencia de la Unión Europea contra las prácticas comerciales transfronterizas de las empresas que restringen la competencia y, por extensión, son perjudiciales para los consumidores.

56. La REC también sirve de foro en el que expertos de diversos sectores se reúnen e intercambian ideas, experiencias y mejores prácticas. Los expertos están organizados en grupos de trabajo sectoriales sobre servicios financieros, energía, seguros, alimentos, productos farmacéuticos, telecomunicaciones, atención de la salud, servicios de tecnología de la información y las comunicaciones, y medio ambiente, entre otros.

57. Un importante aspecto del modelo europeo es que los 26 organismos nacionales de la competencia están en funcionamiento y aplican el derecho de la competencia tanto de la Unión Europea como de sus propios países. La REC es otro mecanismo de aplicación del Tratado de la Unión Europea y sus reglamentos, en que se establecen directrices claras para el funcionamiento de la red. La Unión Europea es un buen ejemplo de cómo estos sistemas pueden aplicarse de forma eficaz, y las demás regiones pueden aprender mucho de ellos.

58. Otros mecanismos europeos son la Alianza nórdica de organismos reguladores de la competencia, que tiene por objeto el intercambio de experiencias de litigio entre los Estados miembros, y en particular la Red nórdica de lucha contra los cárteles, establecida en 2000. Cabe citar también la Iniciativa en favor de una autoridad central de la competencia para los países de Europa Oriental.

²³ Varney CA (1995). "Cooperation between enforcement agencies: building upon the past". Observaciones preparadas de la Comisionada de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos ante el Comité de Comercio e Inversión de la CEAP en la Conferencia sobre Derecho y Política de la Competencia. Auckland. 25 de julio. Disponibles en <http://www.ftc.gov/speeches/varney/newz.shtm> (consultadas el 17 de abril de 2013).

59. Aparte de los mecanismos de cooperación de la REC, la Unión Europea ha concertado acuerdos de cooperación bilaterales con países de fuera de su territorio. Se trata de los acuerdos, denominados de primera generación, firmados con los Estados Unidos de América (1991), el Canadá (1999), el Japón (2003) y la República de Corea (2009), que han contribuido a mejorar el diálogo y a establecer un marco estructurado, favoreciendo la aplicación de la legislación sobre la competencia en los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas. Sin embargo, estos acuerdos no permiten el intercambio de información confidencial o protegida. Solo se autoriza el intercambio de esa información con el consentimiento o la renuncia de las empresas interesadas. La experiencia de la Unión Europea ha demostrado que no hay intercambio de información confidencial, en especial en las investigaciones de cárteles.

60. En consecuencia, la Unión Europea está negociando un nuevo tipo de acuerdo de aplicación del derecho de la competencia, conocido actualmente como acuerdo de "segunda generación", con otras jurisdicciones, a saber, Suiza y el Canadá. Esta nueva iniciativa establece un marco jurídico que permite el intercambio de información confidencial obtenida en el curso de la investigación de un caso específico que afecta a ambas partes. El intercambio estará sujeto a determinadas condiciones, en particular normas de protección de datos, que se aplicarán en todo momento. En el caso específico de la Unión Europea y Suiza, el acuerdo contiene disposiciones que ya existían en los acuerdos de primera generación, en relación con la notificación de medidas de aplicación, los aspectos prácticos de la cooperación y la cortesía negativa y positiva.

61. Los aspectos del acuerdo de segunda generación incluyen las modalidades para el examen y la transmisión de información entre la Comisión Europea y la Comisión de la Competencia de Suiza y para el intercambio de información sobre los casos concretos o las transacciones conexas que estén investigando ambas autoridades. La información recibida en virtud de sus respectivos procedimientos de indulgencia o arreglo queda excluida de la lista, a menos que las partes interesadas permitan su divulgación. El acuerdo también salvaguarda el intercambio de información, que está prohibido por sus respectivas legislaciones en virtud de sus derechos procesales y privilegios. Asimismo, contiene disposiciones sobre la protección de la información examinada o transmitida. Esto se ha visto facilitado por el hecho de que la Unión Europea y Suiza consideran que sus normas sobre confidencialidad son comparables y que los secretos comerciales y demás información confidencial transmitida por cualquiera de las autoridades están a salvo.

III. Dificultades de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación para aplicar las leyes sobre la competencia

62. En las secciones anteriores se describió como la cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, así como entre los Estados Unidos de América y sus asociados, y en cierta medida los acuerdos de cooperación Norte-Norte, han permitido afrontar con éxito los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas. No obstante, no ocurre así en otras jurisdicciones más jóvenes, incluso cuando existen acuerdos bilaterales con organismos reguladores de la competencia bien establecidos. El panorama es aún menos claro si se observa lo que sucede en los países en desarrollo.

63. En la presente sección se examinan las dificultades que encuentran los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo en su intento de cooperar en la aplicación del derecho de la competencia. Las experiencias de algunas agrupaciones regionales, en especial de África, indican la existencia de ciertas preocupaciones y

dificultades para su puesta en marcha, así como la necesidad de mejorarlos²⁴. Se ha determinado que esas dificultades son los principales obstáculos al establecimiento de una cooperación efectiva en la tramitación de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.

A. Asignación de atribuciones

64. El alcance y la profundidad de los compromisos en el ámbito del derecho y la política de la competencia difieren de un acuerdo regional a otro. Lo mismo sucede con el nivel de las atribuciones otorgadas a los órganos regionales para la aplicación de las normas y reglamentos sobre la competencia. Las atribuciones de la institución regional también podrían influir en el grado de cooperación en la aplicación de las normas sobre la competencia.

B. Dificultades para el tratamiento de las fusiones y los cárteles transfronterizos

65. Mientras que los países desarrollados han tenido mucho éxito en la lucha contra las prácticas anticompetitivas transfronterizas, la mayoría de los países en desarrollo se han quedado a la zaga, salvo en el caso de los organismos reguladores de la competencia más avanzados de las economías emergentes que han concertado acuerdos de cooperación con los Estados Unidos de América y la Unión Europea. En un estudio elaborado por la UNCTAD en 2012²⁵ se examinaron las experiencias de diversos países que presentaban un buen historial en lo referente al control de las fusiones y a la aplicación de la legislación sobre los cárteles transfronterizos y se señalaron los retos concretos con que se enfrentaban los países en desarrollo para controlar las fusiones y los cárteles internacionales.

66. Está bien documentado que los cárteles internacionales son perjudiciales para los consumidores, pero las fusiones transfronterizas también pueden tener repercusiones en la estructura del mercado y hacerlo vulnerable a prácticas anticompetitivas como el abuso de posición dominante en el mercado. Un estudio de la UNCTAD²⁶ demuestra también que, en tiempos de desaceleración económica, la cooperación es fundamental para contrarrestar las presiones y la tentación de sucumbir a los llamamientos a relajar las normas sobre fusiones en un intento de lograr otros objetivos.

67. También es cierto que la cooperación en el tratamiento de los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas ha tenido resultados positivos. En el recuadro 2 se mencionan dos ejemplos.

²⁴ La información sobre las experiencias en la cooperación regional se obtuvo en entrevistas personales con Alex Kububa, Presidente de la Comisión de la Competencia del COMESA; Gladmore Mamhare, experto en competencia de la secretaría de la SADC (noviembre de 2012); y Amadou Dieng, Director General de la Comisión de la Competencia de la UEMAO (diciembre de 2012).

²⁵ UNCTAD (2012). Prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y las economías en transición. TD/B/C.I/CLP/16. Ginebra. 19 de abril.

²⁶ UNCTAD (2010). El papel de la defensa de la competencia, el control de fusiones y la aplicación eficaz de la ley en tiempos de crisis económica. TD/RBP/CONF.7/6. Ginebra. 26 de agosto.

Recuadro 2**Ejemplos de cooperación en investigaciones de casos de empresas conjuntas y manipulación de licitaciones**

Un ejemplo del efecto positivo de la cooperación internacional es el caso de la propuesta de empresa conjunta de Río Tinto y BHP Billiton²⁷. La cooperación y coordinación entre la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia, la Comisión Europea, la Oficina Federal de Cárteles de Alemania, la Comisión de Comercio Leal del Japón y la Comisión de Comercio Leal de Corea hicieron posible que todos los organismos aplicaran la misma medida correctiva con respecto a la propuesta de empresa conjunta, lo que obligó a los solicitantes a retirar su solicitud en octubre de 2010. Se consideró que la empresa conjunta propuesta tendría efectos anticompetitivos en los mercados de todos los países afectados. La Comisión de Comercio Leal de Corea tomó la iniciativa de compartir sus conclusiones con las demás autoridades, lo que aumentó la presión sobre las dos empresas para que cedieran ante la fuerza de la actuación coordinada y retiraran la propuesta de acuerdo. Este ejemplo demuestra la fuerza de la cooperación en la tramitación de los casos de competencia.

Otro valioso ejemplo es el de un cártel de mangueras marinas²⁸ que fue desmantelado gracias al esfuerzo de colaboración de la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia, la Comisión Europea, la Comisión de Comercio Leal del Japón, la Oficina de Comercio Leal del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Se trataba de un caso de fijación de precios, manipulación de licitaciones y repartición de cuotas de mercado entre cuatro proveedores de mangueras marinas entre 2001 y 2006. Las mencionadas jurisdicciones intercambiaron información, y ello permitió a la Comisión Australiana enjuiciar al cártel internacional en 2007. Este caso demuestra que la cooperación internacional es un buen método para hacer frente a los cárteles internacionales que afectan tanto a países desarrollados como a países en desarrollo.

68. Sin embargo, muchos organismos reguladores de la competencia afrontan diversos problemas, como la falta de suficiente experiencia en materia de aplicación. En el caso de los cárteles, los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo suelen enterarse de su existencia a través de los informes sobre medidas de aplicación de la legislación o por medio de la prensa, y deben realizar investigaciones preliminares para determinar si el cártel internacional en cuestión afecta a sus propios mercados. En esa evaluación, la cooperación con países desarrollados para obtener información adicional sería sumamente útil. Así, podrían averiguar si su mercado está incluido en la repartición mundial de los mercados entre los miembros del cártel.

69. Por ejemplo, las solicitudes de indulgencia facilitan la obtención de pruebas en las investigaciones de cárteles. No obstante, los miembros de los cárteles internacionales rara vez optan por solicitar indulgencia en países en desarrollo. Además, en muchos casos no tienen presencia física en esos países, lo que hace que los organismos reguladores de la competencia nacionales tengan aún más dificultades para investigar el cártel en la agrupación regional, al no poder servirse de las herramientas de investigación convencionales como los registros por sorpresa, los interrogatorios o las solicitudes de

²⁷ UNCTAD (2012). *Prácticas anticompetitivas transfronterizas: los retos para los países en desarrollo y las economías en transición*. TD/B/C.I/CLP/16. Ginebra. 19 de abril.

²⁸ OCDE (2012) *Discussion on limitations and constraints to international cooperation*. Working party N° 3 on cooperation and enforcement. DAF/COMP/WP3/WD(2012)41. París. 18 de octubre, pág. 33.

declaraciones por escrito. De ahí que la cooperación con las jurisdicciones que investigan el mismo cártel sea indispensable.

70. En el caso de las fusiones, los organismos reguladores de la competencia de reciente creación también tropiezan con diversos problemas. La falta de notificación o el retraso en la presentación de información es un importante problema para muchos organismos. En las jurisdicciones con sistemas de notificación voluntaria de las fusiones, el riesgo es aún mayor, porque resulta todavía más difícil gestionar los plazos para la presentación de la solicitud. La presentación tardía de las solicitudes ejerce presión sobre los ya de por sí escasos recursos. Las jurisdicciones que prevén la notificación después de la fusión tienen aún más problemas. Si esas fusiones han sido aprobadas en otras jurisdicciones, los organismos reguladores de la competencia a menudo se sienten presionados para hacer lo propio, pese a sus posibles efectos anticompetitivos.

71. Otro problema es el acceso a la información en el caso de los pequeños organismos reguladores de la competencia que no tienen la capacidad de reunir la información necesaria para evaluar eficazmente la fusión. Esto es más difícil cuando las partes en la fusión son de distintas jurisdicciones y a veces carecen de presencia física local. Existe la posibilidad de cooperar con organismos reguladores de la competencia extranjeros, pero esto no siempre ocurre, porque entra en juego la confidencialidad de la información. Otro problema que se plantea en relación con el acceso a la información es el de las barreras lingüísticas entre las distintas jurisdicciones. Facilitar información en un idioma que la otra parte no comprende es igual que no proporcionar ninguna información.

72. En un estudio de la UNCTAD²⁹ se señala que las limitaciones de recursos y de capacidad son quizá algunos de los problemas más importantes a que hacen frente las autoridades reguladoras de la competencia en las economías en desarrollo. Si bien la reducida base de recursos se atribuye a la crisis fiscal que aqueja a los países menos adelantados y a la necesidad de establecer prioridades y un equilibrio entre las distintas demandas que compiten por los fondos del presupuesto gubernamental, también es un reflejo de la falta de apoyo político a la política y el derecho de la competencia. Esto afecta asimismo a la capacidad de los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo para cooperar con sus homólogos de otros países y menoscaba su capacidad de hacer frente a los casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.

IV. Cuestiones de política y prácticas recomendadas

73. Todas las formas de cooperación actuales examinadas en el presente estudio son importantes, pero también tienen considerables limitaciones. Salvo contadas excepciones³⁰, la mayoría de los países prohíben a sus organismos reguladores de la competencia compartir la información confidencial que obtengan en el curso de una investigación. Esta prohibición protege los derechos de las partes, pero también limita el grado de cooperación entre los organismos reguladores de la competencia. La difusión pública de esa información podría ser perjudicial para la empresa que la ha proporcionado, para las futuras actividades de recopilación de información del organismo y para el bienestar de los consumidores. El

²⁹ UNCTAD (2011). Eficacia del fomento de la capacidad y la asistencia técnica que se presta a organismos reguladores de la competencia creados recientemente. TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1. Ginebra. 29 de junio.

³⁰ Australia tiene una ley que prevé el intercambio de información confidencial con organismos reguladores de la competencia extranjeros para su uso en casos civiles (la Ley de asistencia mutua en la reglamentación comercial de 1992). Las autoridades de la competencia del Canadá han llevado a cabo un proceso de consulta sobre una propuesta legislativa que incluye una enmienda para permitir el intercambio de información confidencial en algunas circunstancias.

reto para los organismos reguladores de la competencia en lo que respecta a la cooperación es encontrar la manera de promover un mejor conocimiento de las respectivas legislaciones y velar por su aplicación efectiva, protegiendo al mismo tiempo los legítimos intereses públicos y privados.

74. Además de las restricciones al intercambio de información confidencial, el análisis anterior demuestra las limitaciones a la cooperación que se derivan de las diferencias en las leyes de defensa de la competencia, en los procedimientos, en los regímenes jurídicos, en la eficiencia del sistema judicial y en el nivel de confianza y entendimiento mutuos. No obstante, la reciente serie de acuerdos entre las economías avanzadas y emergentes indica que la cooperación es un proceso evolutivo que implica una adaptación progresiva de las normas y procedimientos y de la confianza mutua. Asimismo, la cooperación oficiosa mediante el fomento de la capacidad y el intercambio de experiencias y opiniones sobre el tratamiento de diferentes casos de competencia ya cerrados puede contribuir de manera importante a mejorar los conocimientos técnicos y reducir las diferencias existentes entre los distintos organismos. Es preciso prestar atención a esas diferencias en materia de capacidad técnica, régimen jurídico y confianza mutua para mejorar y ampliar la cooperación en el ámbito de la política de la competencia.

75. A continuación se señalan algunas de las mejores prácticas que pueden derivarse de las experiencias examinadas en el presente documento:

- a) Promover una mejor comprensión de las leyes, los criterios de evaluación y las medidas correctivas y sanciones respectivos;
- b) Fomentar las capacidades humanas y técnicas de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación para aplicar el derecho de la competencia;
- c) Establecer directrices y mejores prácticas para los acuerdos de cooperación basadas en lo que funciona y lo que no;
- d) Poner en marcha planes de trabajo y programas de fomento de la capacidad para aplicar y dar a conocer las disposiciones sobre competencia contenidas en los acuerdos bilaterales, regionales e internacionales;
- e) Intercambiar personal y destacar a asesores residentes a fin de promover el entendimiento y la confianza mutuos;
- f) Promover la transparencia en los procedimientos, los procesos y su formulación;
- g) Elaborar políticas de indulgencia similares, ya que las diferencias en este ámbito pueden desincentivar la concesión de exenciones a los solicitantes de indulgencia;
- h) Velar por la inclusión en las leyes nacionales de disposiciones que permitan la cooperación y el intercambio de información a efectos de la aplicación;
- i) Establecer y aplicar salvaguardias claras que aseguren el respeto de las debidas garantías procesales y la protección de la información confidencial.