



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
26 de abril de 2017
Español
Original: inglés

**Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos
en Derecho y Política de la Competencia
16º período de sesiones**

Ginebra, 5 a 7 de julio de 2017

Tema 3 del programa provisional

**Programa de trabajo, en particular el fomento
de la capacidad y asistencia técnica en materia
de derecho y política de la competencia**

Fortalecimiento de la cooperación internacional para investigar los procedimientos relativos a la competencia de carácter transfronterizo: instrumentos y procedimientos

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Los bajos aranceles y el menor número de barreras comerciales han alentado las transacciones económicas en todo el mundo, pero también han facilitado prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo. Los expedientes de procedimientos de competencia han adquirido un carácter internacional cada vez mayor, que exige una mayor cooperación internacional en las investigaciones y el replanteamiento de los instrumentos y procedimientos apropiados para acometerlas.

En la presente nota se hace un balance de los esfuerzos que se han emprendido para promover la cooperación internacional a nivel nacional, regional e internacional, así como de los instrumentos y los procedimientos que se han individuado y su aplicación al enfrentar los procedimientos en materia de competencia. En ella se señalan los retos a los que tienen que enfrentarse las autoridades de competencia de reciente creación y pequeñas y se pide un esfuerzo concertado para promover la cooperación internacional como medio para enfrentar las prácticas anticompetitivas transfronterizas.



I. Introducción

1. El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su 15º período de sesiones, pidió a la secretaría de la UNCTAD que llevase a cabo un estudio sobre los instrumentos y los procedimientos para mejorar la cooperación internacional en la investigación en el marco de los expedientes en materia de defensa de la competencia de carácter transfronterizo. A pesar de los importantes progresos realizados en los dos últimos decenios gracias al desarrollo de las relaciones bilaterales, regionales y multilaterales entre las autoridades de defensa de competencia de todo el mundo, es preciso realizar un mayor esfuerzo en lo que respecta a la difusión y cobertura geográfica de esos esfuerzos¹.

2. La UNCTAD tiene la firme voluntad de estudiar la cooperación internacional, como se pone de manifiesto en la investigación y los debates celebrados en varios períodos de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos desde la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas celebrada en 2010. En la investigación llevado a cabo por la UNCTAD se ha tratado la cooperación internacional necesaria para abordar las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo, así como los desafíos que enfrentan los países en desarrollo y los países con economías en transición. En este trabajo de investigación se destaca el papel de la cooperación oficiosa al tiempo que se recalca la importancia de los acuerdos oficiales en la investigación de los expedientes de carácter transfronterizo. Asimismo, se resalta la posibilidad de establecer redes de inteligencia para posibilitar el intercambio de información de acceso público para abordar las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo².

3. El fomento de la cooperación internacional en la aplicación de la normativa obliga a las autoridades de competencia a superar los desafíos que se plantean en las investigaciones transfronterizas, como las diferencias en los ordenamientos jurídicos, los procedimientos especiales para reunir pruebas y las limitaciones que conllevan, los problemas de confianza y la aplicación de programas de clemencia o inmunidad. A falta de un acuerdo de cooperación oficial con otros países, la cooperación oficiosa es un instrumento valioso en las investigaciones emprendidas en el marco de expedientes por prácticas colusorias, fusiones y concentraciones y abuso de posición dominante.

4. En cuanto a los mecanismos oficiales de cooperación, solo un selecto número de autoridades de competencia participan en algún tipo de cooperación efectiva, en particular, con autoridades pequeñas y de reciente creación y, en general, de países en desarrollo. Sin embargo, los Estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo, representan una forma de cooperación avanzada dentro de su marco cerrado, la Red Europea de Competencia, que permite el intercambio de todo tipo de información entre las autoridades de competencia de los Estados miembros y la Comisión Europea. Además, el acuerdo de cooperación bilateral de 1991 suscrito por los Estados Unidos de América y la Unión Europea ha servido para estrechar la cooperación entre las autoridades de competencia de los Estados Unidos y la Comunidad Europea³.

5. Las iniciativas de la UNCTAD para potenciar la cooperación internacional en la investigación de los procedimientos de competencia de carácter transfronterizo han puesto el foco en la consolidación de los planes de cooperación oficiosa por medio de las agrupaciones regionales y otros arreglos en todo el mundo. Gracias a esos esfuerzos, ha aumentado el número de redes *ad hoc* de cooperación en materia de competencia, como,

¹ A. Capobianco y A. Nagy, 2016, Developments in international enforcement cooperation in the competition field, *Journal of European Competition Law and Practice*, 7(8):566–583.

² Veáanse TD/B/C.I/CLP/16, TD/B/C.I/CLP/21, TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, TD/B/C.I/CLP/29 y TD/RBP/CONF.8/4.

³ Agon Partners Competition Law and Policy, 2016, Enforcement of antitrust laws: Global challenges, working paper No. 10.

entre otras, el Foro Africano de la Competencia, el Foro de Sofía sobre la Competencia y la Declaración de Lima de 2013⁴.

6. Esas redes brindan a las autoridades de competencia la posibilidad de reunirse periódicamente y de intercambiar opiniones y estrategias sobre la aplicación del derecho de la competencia en los procedimientos de interés común y determinar las posibles medidas transfronterizas de investigación y sanción. Ese tipo de cooperación oficiosa puede intensificar los esfuerzos mundiales por estrechar la cooperación en el intercambio de información a libre disposición del público a través de redes de inteligencia. Por ejemplo, en África, al amparo de la red de cooperación de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, los Estados miembros han establecido una plataforma de intercambio de información a través de la cual se realizan intercambios de información no confidencial.

7. La presente nota se basa en las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario que la UNCTAD envió en diciembre de 2016 a fin de brindarles la oportunidad de compartir sus experiencias en materia de cooperación internacional, en particular en lo tocante a los nuevos enfoques, instrumentos y procedimientos⁵.

8. En el capítulo II se examinan los desafíos que enfrentan las autoridades de competencia en las investigaciones de carácter transfronterizo desde un punto de vista jurídico y administrativo. En el capítulo III se examinan los diferentes instrumentos y procedimientos que pueden emplearse para la cooperación en la investigación en el marco de procedimientos transfronterizos en materia de competencia. En el capítulo IV se formulan distintas opciones de política para las autoridades de defensa de la competencia que pretenden colaborar en las investigaciones y se examina la forma en que la sección F de los Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas puede activarse para potenciar los esfuerzos relacionados en esta materia. En el capítulo V se pone de relieve el papel de la UNCTAD en la promoción de la cooperación oficiosa. El capítulo VI se examinan nuevos ámbitos de investigación.

II. Problemas en la investigación de prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo

9. En 2016, 139 Estados miembros de la UNCTAD ya tenían una normativa de defensa de la competencia. Muchas de las autoridades de competencia de estos Estados enfrentan diversos problemas, como la falta de suficiente experiencia en la aplicación de la normativa para poder participar en actividades de cooperación internacional. Son pocas las autoridades de competencia que pueden cooperar eficazmente entre sí porque carecen de la suficiente capacidad y la experiencia nacional en la aplicación de la normativa como para ocuparse de procedimientos de competencia transfronteriza⁶.

10. En el trabajo de investigación de la UNCTAD se pone de relieve que las limitaciones de recursos y capacidad son tal vez dos de los problemas más importantes que tienen planteados las autoridades de competencia en las economías en desarrollo. Si bien la limitada base de recursos está relacionada con la compresión fiscal que enfrentan los países en desarrollo, en particular los menos adelantados, así como con la necesidad de equilibrar y priorizar demandas contrapuestas en el presupuesto del Estado, la situación es también reflejo de la falta de un suficiente apoyo político al derecho y la política de defensa de la competencia. Todo ello afecta a la capacidad de las autoridades de competencia de los países en desarrollo para cooperar con sus homólogos de otros países y complica su capacidad para enfrentarse a prácticas anticompetitivas transfronterizas.

⁴ Esta fue firmada por las autoridades de competencia de Chile, Colombia y el Perú en 2013 en el Foro Latinoamericano de Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

⁵ Se recibieron respuestas de Albania, la Argentina, Austria, el Brasil, Bulgaria, el Ecuador, los Estados Unidos de América, la India, Italia, el Japón, la República Dominicana, Suiza, Turquía, Ucrania y la Unión Europea.

⁶ TD/B/C.I/CLP/11/Rev.1.

11. En lo que respecta a las prácticas colusorias, se suele informar a las autoridades de competencia de los países en desarrollo de la existencia de un cártel concreto a través de los informes de actividades para la aplicación de la normativa de otras autoridades y las noticias aparecidas en los medios de comunicación. Las autoridades tienen que abrir una investigación preliminar para determinar si el cártel internacional en cuestión afecta a sus propios mercados. A fin de facilitar esa evaluación, podría ser una fuente de información valiosa la cooperación con las autoridades de competencia de países desarrollados para recabar más información. Ya se han registrado casos de ese tipo de cooperación, pero su número no es suficiente para considerar que se trata de una tendencia consolidada.

12. Por ejemplo, las solicitudes de beneficios de clemencia permiten acceder a las pruebas en las investigaciones sobre procedimientos incoados por prácticas colusorias. Sin embargo, los miembros de un cártel internacional raramente deciden presentar una solicitud en los países en desarrollo. En muchos casos, las empresas internacionales participantes en un cártel no están radicadas físicamente en los países en desarrollo. Esta circunstancia hace que sea más difícil para las autoridades de competencia investigar un cártel, incluso dentro de una zona económica regional, pues carecen de instrumentos de investigación convencionales, como la posibilidad de realizar inspecciones sin previo aviso o interrogatorios o presentar solicitudes de declaraciones escritas. La situación es más difícil para las autoridades de reciente creación y pequeñas de los países en desarrollo. La cooperación con las jurisdicciones donde se investiga el mismo cártel es, por consiguiente, indispensable para la eficacia de las medidas de lucha contra las prácticas colusorias a nivel mundial.

13. Hay algunos problemas que son comunes a las autoridades de competencia de países tanto desarrollados como en desarrollo en lo tocante a la cooperación internacional al investigar un cártel u otra práctica restrictiva de la competencia a nivel transfronterizo⁷. Algunos de estos problemas se analizan en las secciones siguientes.

A. Protección de la información en el derecho interno

14. El intercambio de información, especialmente de carácter confidencial, exige un examen en profundidad. Los secretos comerciales y la información delicada sobre las estrategias empresariales, como la estructura de precios, el conocimiento técnico propio y los datos de clientes, que pueden ser proporcionados voluntariamente (por ejemplo, por un solicitante de inmunidad o amnistía) u obligatoriamente (por ejemplo, en virtud de una orden de comparecencia o en una inspección) son un ejemplo típico de información confidencial⁸.

15. Si esa información se puede utilizar como prueba para establecer la infracción del derecho de la competencia, se convierte en un elemento clave para la adopción de una decisión al investigar una conducta restrictiva de la competencia y decidir si se intercambia o no esa información. Se trata de un aspecto que reviste una especial importancia para las autoridades de competencia que no tienen suficientes recursos humanos o financieros ni la experiencia ni instrumentos eficaces para la investigación, como la facultad de realizar inspecciones sin previo aviso ni el consentimiento de las empresas implicadas. Esas autoridades tienen dificultades para reunir pruebas suficientes para establecer la existencia de una conducta restrictiva.

16. Además, las autoridades de competencia de los países en desarrollo que disponen de suficientes recursos, experiencia e instrumentos pueden tener aun así dificultades para conseguir la cooperación de las empresas implicadas en prácticas restrictivas debido al tamaño de la economía en cuestión. Si la proporción del volumen de ventas de una empresa en la jurisdicción competente representa una pequeña parte de su volumen en todo el

⁷ Algunos de estos problemas se examinan pormenorizadamente en el documento de la Secretaría de la OCDE, "Limitations and constraints to international cooperation", de 2012, Grupo de Trabajo núm. 3 sobre Cooperación y Aplicación de la Ley (DAF/COMP/WP3 (2012)8).

⁸ *Ibid.*

mundo, esta puede sopesar el riesgo de exponerse a una sanción con la desventaja de perder el mercado de la jurisdicción y decidir salir de ese mercado.

17. No hay garantía alguna de que las empresas extranjeras brinden sin más su colaboración, incluso en circunstancias en que esta pudiera parecer descontada, dado que existen limitaciones territoriales. Por ejemplo, en Colombia, en la etapa inicial de la investigación de un cártel de componentes de automóviles, por el que varias empresas japonesas habían fijado el precio de esos componentes en múltiples jurisdicciones, la Superintendencia de Industria y Comercio notificó por correo electrónico a las empresas implicadas la apertura de una investigación, por cuanto la mayoría no tenían ni delegaciones ni representación en Colombia; aunque no recibió respuesta alguna de esas empresas⁹.

18. A pesar de que el intercambio de información es fundamental para el éxito en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, la legislación de la mayoría de Estados, con pocas excepciones, expresamente prohíbe a las autoridades de defensa de la competencia el intercambio de información confidencial obtenida en el curso de una investigación. Las legislaciones nacionales prohíben que la información reunida por las autoridades de defensa de la competencia se utilice para fines distintos de los considerados necesarios para incoar a instancia propia una investigación de una conducta restrictiva de la competencia en su jurisdicción. Si la información aportada en el procedimiento de cooperación en relación con una investigación abierta por la autoridad de competencia se comparte sin restricción alguna con otro organismo de defensa de la competencia, las empresas o las personas que presentaron la información pueden correr el riesgo de que se les exijan responsabilidades por una conducta restrictiva en la jurisdicción solicitante, por lo que estarán menos incentivadas para cooperar en cualquier investigación que la autoridad receptora de la solicitud emprenda en el futuro.

19. Aunque protejan los derechos de las empresas y las personas implicadas, las restricciones en el intercambio de información limitan el grado de cooperación entre autoridades de defensa de la competencia. La difusión pública de esa información podría resultar perjudicial para la empresa que la ha proporcionado, así como para las futuras actividades de recopilación de información de la autoridad de competencia y por el bien de los consumidores. Las autoridades de competencia tienen que superar el reto de promover un mejor conocimiento de las respectivas legislaciones y de la aplicación efectiva de la normativa, al tiempo que deben velar por los intereses públicos y privados legítimos.

B. Inexistencia de una definición internacional de información confidencial

20. La falta de una definición internacional de información confidencial es otro problema que dificulta el intercambio de información entre las autoridades de competencia. En la mayoría de las jurisdicciones, las leyes conexas no definen de manera concreta qué es información confidencial. Por ello, una autoridad de competencia o un órgano jurisdiccional tiene que examinar en cada caso si esa información debe considerarse confidencial.

21. En el caso del intercambio de información confidencial, si la autoridad solicitante y la autoridad receptora tienen una interpretación distinta de la confidencialidad de la información las autoridades pueden entablar un proceso de coordinación que podría ser muy largo, a fin de evitar que las empresas o personas que proporcionaron la información puedan acusar a la autoridad receptora de la solicitud. La falta de definición puede ser un obstáculo para un intercambio de información fluido y eficiente entre dos autoridades de competencia.

⁹ M. C. Martínez Beltrán, 2013, "Las investigaciones de cárteles internacionales en la SIC [Superintendencia de Industria y Comercio]: limitaciones de la investigación y posibles soluciones futuras", citado en P. Horna, 2017, "David an Goliath: How young competition agencies can succeed in fighting cross-border cartels", *Working Paper No. 45*, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy.

C. Inexistencia de un procedimiento de renuncia a la confidencialidad

22. Aunque los problemas ilustrados en la sección B pueden solventarse mediante la obtención de una renuncia por las partes interesadas, la voluntad de las empresas de renunciar a la protección que les brinda las disposiciones en materia de confidencialidad depende de su confianza en las prácticas de las autoridades de competencia en esa materia. Según las directrices antimonopolio de los Estados Unidos de América relativas a la cooperación y las actividades internacionales en la aplicación de la normativa, pueden surgir conflictos que afecten al Estado si la finalidad de las legislaciones extranjeras es impedir que particulares o entidades desvelen documentos o información para su uso en procedimientos abiertos en los Estados Unidos de América (véase <http://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>). Así pues, siguen existiendo dificultades para las autoridades de defensa, incluso de los países desarrollados, para implicarse en actividades de cooperación. Por ello, es preciso dedicar más esfuerzos a este aspecto del intercambio de información.

23. En los expedientes por prácticas colusorias, las autoridades de competencia no pueden esperar que las empresas interesadas renuncien a la confidencialidad, a menos que los partícipes en el cártel soliciten beneficios de clemencia en múltiples jurisdicciones y que las autoridades de defensa de la competencia confirmen su condición de solicitante de beneficios sobre la base de la información compartida. Los partícipes de un cártel, por lo general, no tienen ningún incentivo para permitir que las autoridades de competencia compartan con otras autoridades la información que le han proporcionado, ya que ello puede exponerlos a que en otras jurisdicciones se les exijan nuevamente responsabilidades.

24. Es incluso más difícil obtener una renuncia a la confidencialidad de una empresa implicada en un expediente de conducta unilateral, como el abuso de posición dominante en el mercado, en los que no se aplican programas de clemencia. Sin embargo, en los expedientes de fusión y concentración, las empresas implicadas pueden tener motivos para otorgar a las autoridades de competencia un documento de renuncia a la confidencialidad si estas quieren obtener con prontitud la aceptación de las autoridades. El intercambio de información y la posterior coordinación entre las autoridades de competencia a las que las empresas han notificado una fusión o concentración puede facilitar la apertura de un procedimiento de control de ese tipo de operaciones en sus respectivas jurisdicciones.

25. Se han hecho esfuerzos para facilitar el intercambio de información entre las autoridades de competencia. El acuerdo de cooperación sobre la aplicación de las normativas de competencia entre Suiza y la Unión Europea, firmado en 2013, permite a las autoridades de competencia intercambiar la información obtenida en sus respectivas investigaciones sin el consentimiento de las empresas implicadas, siempre que dichas autoridades estén investigando la misma o una conducta relacionada (véase http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-444_en.htm) Sin embargo, ese intercambio presenta algunas limitaciones. Por ejemplo, la información presentada por los solicitantes de beneficios de clemencia no puede compartirse sin el consentimiento de los solicitantes y la información protegida por una prerrogativa legal tampoco sin una renuncia exclusivamente concedida para un propósito particular. La información compartida solo puede ser utilizada por la autoridad receptora a los efectos de la aplicación de su normativa de competencia en relación con el mismo caso y a los fines enunciados en la solicitud inicial. Este supuesto cae dentro del ámbito de aplicación del marco de los acuerdos de cooperación de segunda generación¹⁰, que son pocos y no son de aplicación para muchas autoridades de competencia del mundo en desarrollo.

26. Suiza ha declarado que su cooperación con la Unión Europea en virtud del acuerdo de segunda generación facilita la cooperación entre las autoridades de competencia de ambas partes y también supone una ayuda en las actividades contra las prácticas anticompetitivas y los intercambios de información¹¹. Las negociaciones entre el Canadá y

¹⁰ La OCDE define el acuerdo de segunda generación como un acuerdo bilateral que permite compartir información confidencial entre dos autoridades de competencia.

¹¹ Contribución del Gobierno de Suiza.

la Unión Europea para mejorar el acuerdo vigente y sustituirlo por uno de segunda generación se encuentran en una fase avanzada¹².

27. El Japón ha declarado que la mayor parte de sus esfuerzos se basan en acuerdos de primera generación¹³, memorandos de entendimiento y acuerdos administrativos para realizar actividades contra las prácticas anticompetitivas con muchas autoridades de competencia, tanto de países desarrollados como en desarrollo. Sin embargo, en 2015, la Comisión de Comercio Leal del Japón celebró un acuerdo de segunda generación con la Comisión de la Competencia y de Protección del Consumidor de Australia. Este acuerdo —parte de la aplicación del acuerdo de asociación económica entre los dos países— permite el intercambio de la información obtenida en el desarrollo de una investigación sobre la base de las disposiciones de sus respectivas normativas de la competencia. Además, en marzo de 2016 la Comisión de Comercio Leal del Japón y la Unión Europea iniciaron los trabajos preparatorios para modificar el acuerdo entre el Japón y la Comunidad Europea sobre actividades anticompetitivas y adecuarlo a un acuerdo de segunda generación¹⁴.

28. Por último, el intercambio recíproco de información sobre casos concretos y la asistencia en materia de investigación está prevista en el acuerdo de segunda generación entre los Estados Unidos de América y Australia, con arreglo a la Ley relativa a la Asistencia Internacional contra las Conductas Anticompetitivas de los Estados Unidos de América. Este intercambio podría constituir una nueva tendencia para estrechar lazos económicos y comerciales.

D. Las limitaciones en la admisibilidad de la información

29. Otro problema para compartir información entre autoridades de competencia lo podrían ocasionar las diferencias en los procedimientos de aplicación de la normativa, toda vez que en algunas jurisdicciones se incoan acciones penales para corregir las prácticas anticompetitivas, mientras que en otras se opta por la vía civil o la contencioso-administrativa.

30. En general, el nivel de las garantías procesales en las jurisdicciones que optan por la vía penal es más elevado que en las jurisdicciones donde se opta por la vía civil o contencioso-administrativa. A diferencia de las últimas, que se ocupan principalmente de empresas, en las primeras, se reconocen los derechos del debido proceso, como la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, el derecho a no estar obligado a declarar contra sí mismo y el derecho a interrogar a los testigos de cargo, a las personas implicadas en prácticas restrictivas de la competencia perseguidos por las autoridades de competencia¹⁵.

31. Las diferencias en las normas jurídicas aplicadas por las autoridades de competencia que se derivan de las diferencias en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia limitan el intercambio fructífero de información entre ellas. Ello se debe a que las autoridades de las jurisdicciones que optan por la vía penal no pueden utilizar la información suministrada por las de otras jurisdicciones que utilizan la vía civil o la contencioso-administrativa contra las personas implicadas en prácticas anticompetitivas, a menos que en la reunión de información por estas últimas autoridades se observe un nivel similar de protección de los derechos que el de las jurisdicciones que optan por la vía penal¹⁶.

¹² Contribución de la Unión Europea. Véase http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/agreement_eu_ch_en.pdf.

¹³ La primera generación de acuerdos bilaterales de competencia incluye una cláusula que permite a una autoridad de competencia negarse a compartir información protegida por las disposiciones de confidencialidad de la legislación nacional.

¹⁴ Contribución del Gobierno del Canadá.

¹⁵ Secretaría de la OCDE, 2012.

¹⁶ A. Capobianco y A. Nagy, 2016.

E. Las limitaciones en la aplicación de los programas de clemencia a nivel transfronterizo

32. Los programas de clemencia son el instrumento más eficaz y esencial para investigar las conductas colusorias. Sin una solicitud de beneficios de clemencia, las autoridades de competencia que intenten perseguir a los cárteles internacionales enfrentan una serie de obstáculos y lo más probable es que no prosperen a pesar de que las investigaciones sean largas y desalentadoras, como, por ejemplo, la experiencia del Japón en el caso del cártel de las vitaminas¹⁷. Aunque ya se había abierto en relación con este cártel un procedimiento en los Estados Unidos y la Unión Europea y dos de los partícipes eran empresas japonesas, la autoridad garante de la competencia del Japón no demostró la existencia de la práctica colusoria y solo dictó una amonestación administrativa sin imposición de multa. No adoptó medida jurídica alguna debido a la inexistencia de un programa de clemencia, que fue la causa de su limitada capacidad para obtener información sobre los partícipes en el cártel¹⁸.

33. Los programas de clemencia deben estar bien diseñados para ser eficaces. Elementos como la transparencia, la certidumbre, la gran probabilidad de ser descubierto y el rigor de las sanciones son fundamentales para el éxito del programa de clemencia. Los programas de clemencia que carecen de ese tipo de marco pueden recibir pocas solicitudes de miembros de un cártel. Por ejemplo, en virtud del derecho de la competencia del Perú y en su aplicación, no es totalmente clara la regulación de la clemencia (por ejemplo, no se especifican en la ley los niveles de reducción de la multa), rara vez se realizan inspecciones sin previo aviso y es posible que las sanciones no sean lo suficientemente estrictas.

34. Además, como se observa en muchas investigaciones de cárteles internacionales, la clemencia es un instrumento eficaz para la cooperación internacional. Junto con la renuncia obtenida del solicitante de beneficios de clemencia en el caso de que se presenten solicitudes simultáneas en múltiples jurisdicciones, el procedimiento de clemencia promueve el intercambio de información entre dos autoridades de competencia, incluidas las pruebas confidenciales cuando así lo permita la ley. El procedimiento de clemencia también permite a las autoridades coordinar estrechamente sus investigaciones durante las primeras etapas, incluida la realización simultánea de inspecciones sin previo aviso, que a su vez son útiles para los procedimientos de cada jurisdicción. Hay una tendencia cada vez mayor a que la cooperación internacional se limite entre las autoridades receptoras de solicitudes de beneficios de clemencia. Habida cuenta de las ventajas de las solicitudes de beneficios de clemencia, el establecimiento de un programa de clemencia eficaz debe considerarse como de las principales prioridades normativas.

35. Si bien la solicitud de exención o reducción de la sanción es el medio más eficaz y eficiente para el tratamiento de las prácticas anticompetitivas, la mayoría de los países en desarrollo que cuentan con un programa de clemencia siguen teniendo dificultades para conseguir que los miembros de cárteles internacionales presenten una solicitud para la obtención de este tipo de beneficios. Las investigaciones que con posterioridad realice un país en desarrollo contra un cártel internacional que ya haya sido objeto de un procedimiento en un país desarrollado —esto es, cuya existencia sea de conocimiento público— no implica necesariamente que los miembros del cártel presenten una solicitud para acogerse a un programa de clemencia.

¹⁷ Entre 1989 y febrero de 1999, rigió un acuerdo entre ocho empresas productoras de vitaminas que acapararon una cuota del 90% del mercado mundial de vitaminas al por mayor. Las empresas acordaron repartirse el volumen de ventas y fijar coordinadamente los precios de las vitaminas al por mayor en el mercado mundial. En 2001 la Comisión Europea impuso una multa de 855,22 millones de euros (véase http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1625_es.htm).

¹⁸ H. Yamashita, 2011, "Key issues in detecting and investigating cross-border cartels", presentación llevada a cabo en el taller de fomento de la capacidad organizado por el Grupo de Expertos en Derecho de la Competencia de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), celebrado en Yakarta, los días 20 y 21 de septiembre; puede consultarse en <http://cb-asec-project.de/material-and-publications/archive-2008-2013/regional-economic-integration-archive/> (página consultada el 20 de abril de 2017).

36. Sin embargo, los miembros de un cártel internacional raramente deciden solicitar beneficios de clemencia en los países en desarrollo. Los miembros de un cártel toman decisiones estratégicas al seleccionar la jurisdicción en la que solicitan acogerse a un programa de clemencia y tienen pocos incentivos para hacerlo en una jurisdicción pequeña donde se enfrentan a una escasa exposición en relación con la detección de los cárteles o donde los procedimientos se dilatan considerablemente. Por ejemplo, en el caso del cártel de los electrodos de grafito¹⁹, aunque la República de Corea disponía de un programa de clemencia en ese momento, ninguno de los miembros del cártel optó por acogerse a sus beneficios a lo largo de todo el procedimiento, lo que dificultó la investigación de la autoridad de la competencia de la República de Corea.

37. Los países en desarrollo, por lo general, están obligados a investigar sin la ayuda de este instrumento, por lo que se encontrarán obstáculos en la investigación de cárteles internacionales.

F. La falta de entendimiento mutuo, confianza e interacción entre autoridades de competencia

38. Además de los problemas antes mencionados derivados de limitaciones legales, la falta de entendimiento mutuo y de interacción entre autoridades de defensa de competencia pueden erigirse en un obstáculo para el éxito de la cooperación internacional en la investigación de los casos de competencia, en particular de prácticas colusorias. El intercambio de información, la coordinación de los instrumentos de investigación, como las inspecciones sin previo aviso, y los debates sobre las estrategias generales de investigación de prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo siguen siendo otros tantos problemas. Ello es consecuencia principalmente de una situación en la que las autoridades competentes no han alcanzado un nivel de confianza que les permita compartir libremente la información²⁰.

39. Reconociendo la importancia de esos elementos, se han hecho esfuerzos en varias regiones para fomentar la cooperación internacional entre las autoridades de competencia. Por ejemplo, en 1996 se creó el Grupo de Derecho y Política de la Competencia de Asia y el Pacífico con el fin de mejorar el entorno competitivo de la región y fomentar la comprensión de las leyes y políticas de competencia de la región. El foro ha reunido a países de la región para desarrollar actividades de formación y creación de capacidad. Otro foro regional, iniciado en 2005 por la Comisión de Comercio Leal del Japón es la Reunión de Altos Funcionarios de Asia Oriental sobre Política de Competencia, que brinda la oportunidad de que las autoridades de competencia de la región puedan entablar un debate e intercambiar experiencias.

40. Esas iniciativas son una forma de promover la cooperación oficiosa en el interior de cada región. También brindan una plataforma para crear redes entre las autoridades, lo cual a su vez elimina obstáculos a las relaciones de confianza. Cuando no existen relaciones para el intercambio de información, las autoridades de competencia se ven imposibilitadas para comenzar a cooperar en una investigación de prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo. Sin embargo, otros métodos —como los intercambios de personal y las comisiones de servicios de asesores, la participación multilateral, las reuniones regionales y

¹⁹ En 1992, los fabricantes de Alemania, los Estados Unidos y el Japón fijaron los precios y colaboraron para aplicarlos mediante prácticas concertadas, acuerdo que se prolongó hasta 1998. Los miembros del cártel utilizaron diversos métodos para ejecutar el acuerdo. En 2001, las autoridades estadounidenses impusieron multas por un valor de unos 424,8 millones de dólares a las empresas de Alemania, los Estados Unidos y el Japón y por su parte, la Comisión Europea impuso una multa de 219 millones de euros a ocho empresas de esos países (véase <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramMarch2004/KE.experience.Jand.pdf>).

²⁰ La Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la Cooperación Internacional en el marco de las Investigaciones y Procedimientos de Casos de Competencia reconoce que la “cooperación basada en la confianza mutua y en la buena fe entre los adherentes desempeña una función importante al garantizar la aplicación de la ley en contra de las prácticas anticompetitivas y de las concentraciones con efectos anticompetitivos” (véase https://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_Intel%20Cooperation_ES.pdf).

bilaterales organizadas por organizaciones internacionales como la OCDE y la UNCTAD y otras redes internacionales de carácter no oficial— pueden ser un medio eficaz para que las autoridades de competencia establezcan relaciones constructivas con autoridades homólogas.

41. Cabe destacar la falta de cooperación entre las autoridades de competencia, por ejemplo, a raíz de las solicitudes de información presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia a las autoridades extranjeras durante su investigación del cártel de componentes de automóviles. La Superintendencia había reconocido que era fundamental establecer una cooperación en la etapa inicial de la investigación con, por ejemplo, la autoridad de los Estados Unidos, ante la que ya se habían declarado culpables las empresas partícipes. Sin embargo, los intercambios de información resultaron difíciles, seguramente porque los mecanismos establecidos, tanto oficiales como oficiosos que los hubiesen posibilitado, aún estaban sin instaurar.

42. En 2013, investigadores de siete jurisdicciones se reunieron en Quito para examinar las repercusiones de un cártel regional de oxígeno líquido que afectó a América Latina en 2000-2010. A pesar de la existencia de contactos oficiosos entre los funcionarios de las autoridades, las actuaciones por incumplimiento de la normativa no se coordinaron ni hubo cooperación alguna en cuanto al intercambio de información no confidencial cuando las correspondientes autoridades de competencia de América Latina investigaron las prácticas anticompetitivas recurrentes por parte de las empresas.

III. Examen de los instrumentos y procedimientos existentes para intensificar la cooperación internacional en la investigación de casos anticompetitivos de carácter transfronterizo

43. Con el término modalidades se hace referencia a los medios y los esfuerzos realizados por las autoridades de competencia para cooperar en el tratamiento de los casos transfronterizos que afectan a la competencia en el marco de mecanismos oficiales y oficiosos. Estos esfuerzos han evolucionado a lo largo del tiempo de muchas maneras. Con el término procedimiento se hace referencia a los métodos o las maneras de hacer algo. En este caso, se trata de los métodos utilizados por las autoridades de competencia para cooperar en los casos de carácter transfronterizo que afectan a la libre competencia²¹.

44. A fin de sustanciar el procedimiento de aplicación de la normativa señalado para una medida concreta se requieren herramientas o instrumentos. En un estudio llevado a cabo por la UNCTAD en 2013 se distinguen las principales herramientas y procedimientos disponibles para potenciar la cooperación internacional: acuerdos multilaterales (en el marco de la Red Internacional para la Competencia (RIC), la OCDE y la UNCTAD); los modelos de cooperación regional; los acuerdos Sur-Sur; los acuerdos de cooperación bilateral; los mecanismos oficiosos de cooperación, y los mecanismos de cooperación eficaces creados en virtud de la nueva generación de acuerdos de cooperación de los Estados Unidos de América y la Red Europea de Competencia²².

45. Las últimas tendencias ponen de manifiesto que siguen proliferando los cárteles internacionales privados de alcance mundial, lo que afecta considerablemente a las economías de los países en desarrollo, sin que se produzca una reacción adecuada por parte de la mayoría de los nuevos e incipientes regímenes de defensa de la competencia²³. Por ello, es crucial examinar los instrumentos y los procedimientos disponibles a fin de seguir abordando los problemas antes mencionados. El estudio de la UNCTAD recomendó la promoción de la cooperación entre las autoridades de competencia de reciente creación y pequeñas en todo el mundo en desarrollo.

²¹ TD/B/C.I/CLP/21.

²² *Ibid.*

²³ J. M. Connor, 2014, The private international cartels data set: Guide and summary statistics, 1990-2013, puede consultarse en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478271 (página consultada el 20 de abril de 2017).

46. En el cuadro 1 se examinan los acontecimientos que han tenido lugar desde la publicación del estudio de la UNCTAD de 2013. La cooperación en materia de aplicación de la normativa no ha cambiado significativamente, pero sí que puede observarse una constancia en los esfuerzos.

Cuadro 1

Evolución de la situación y las experiencias sobre la base de las mejores prácticas recomendadas por la UNCTAD

<i>Práctica</i>	<i>Herramientas y prácticas</i>
Promoción de una mejor comprensión de la normativa, criterios de valoración y determinación de las medidas correctivas y sanciones	<p>Los programas mundiales de fomento de la capacidad de la UNCTAD y los proyectos regionales (como el Programa regional de competencia y protección del consumidor para América Latina (COMPAL) y el Programa de integración económica regional, igualdad de género y lucha contra la corrupción mediante políticas de protección del consumidor en la región del Oriente Medio y Norte de África), los proyectos bilaterales de los países, los periodos de sesiones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia y la Conferencia Quinquenal de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas</p> <p>Foro Mundial de la Competencia de la OCDE</p> <p>Las plantillas para luchar contra las prácticas colusorias de la RIC (véase http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/templates.aspx)</p> <p>El intercambio de información en el marco del Grupo de Derecho y Política de la Competencia de Asia a través de una base de datos regional (véase http://www.apeccp.org.tw/)</p> <p>Investigaciones conjuntas de infracciones de la normativa de la competencia en los países de la Comunidad de Estados Independientes (véase http://en.fas.gov.ru/international-cooperation/icap/icap-headquarters.html)</p>
Fomento de la capacidad humana y técnica para la aplicación de la normativa de las autoridades de la competencia de reciente creación	<p>Las constantes actividades de creación de capacidad llevadas a cabo por la Red Internacional de Competencia, la OCDE, la UNCTAD y el Banco Mundial</p> <p>Los compromisos bilaterales entre las autoridades de competencia con experiencia y las autoridades de reciente creación y pequeñas, como los programas desarrollados por los Estados Unidos con autoridades pequeñas y los programas de fomento de la capacidad desarrollados por el Japón con Kenya</p>
Elaboración de directrices y buenas prácticas para los acuerdos de cooperación	<p>Ley modelo de la Comisión de la Competencia Euroasiática</p> <p>Ejemplos de directrices para la investigación conjunta presentada por la Federación de Rusia a los países de la Comunidad de Estados Independientes</p> <p>Directrices de la Unión Europea sobre las decisiones de terminación convencional por conducto de la Red Europea de Competencia</p> <p>El marco del RIC para el intercambio de información no confidencial (2015)</p> <p>Directrices antimonopolio para la aplicación de la normativa y cooperación de los Estados Unidos de América (2017)</p>

<i>Práctica</i>	<i>Herramientas y prácticas</i>
Intercambios de personal y destino en comisión de servicios de asesores residentes a fin de promover la comprensión y la confianza mutuas	Medidas de las autoridades de la competencia con experiencia en favor de las autoridades de creciente creación, como el destino en comisión de servicios por el Japón de un asesor residente a Indonesia (2016) Intercambio de personal de la Comisión Europea con los Estados miembros de la Unión Europea (Lituania y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
Promoción de la transparencia en los procedimientos, los procesos y la determinación de las medidas	Directrices de los Estados Unidos de América, el Japón, la República de Corea y la Unión Europea (2017)
Elaborar políticas de clemencia análogas para promover que los solicitantes de beneficios de clemencia renuncien a la protección de la confidencialidad	Directrices sobre clemencia aprobadas en el marco del programa de fomento de la capacidad regional en Oriente Medio y Norte de África Modelos de carta de solicitud de beneficios de clemencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2017)
Establecimiento y aplicación de salvaguardias claras que aseguren el respeto del debido proceso y la protección de la información confidencial	Acuerdo de segunda generación entre Suiza y la Unión Europea (2013) Negociaciones avanzadas para actualizar el acuerdo entre el Canadá y la Unión Europea y equiparlo al rango de acuerdo de segunda generación Acuerdo de segunda generación entre el Japón y Australia (2013)

Fuente: Compilación de la secretaría de la UNCTAD sobre la base de las respuestas al cuestionario y los documentos TD/B/C.I/CLP/16, TD/B/C.I/CLP/21, TD/B/C.I/CLP/24/Rev.1, TD/B/C.I/CLP/29 y TD/RBP/CONF.8/4.

A. Progresos realizados en la aplicación de instrumentos y procedimientos individuados

47. Como se indica en el cuadro 1, en los últimos años varias novedades han servido para apoyar a las autoridades de defensa de la competencia al hacer frente a las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo. Las dos novedades más comunes son la internacionalización de los programas de clemencia y la cooperación internacional mediante acuerdos oficiales y oficiosos. Estos últimos han sido muy útiles para la coordinación de las fechas de algunas inspecciones sin previo aviso, el intercambio de información en el curso de las investigaciones y el establecimiento de acuerdos de cooperación específicos (véase <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/January/170110.html> y <http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1282>).

48. Como se señaló en el capítulo II, los instrumentos para luchar contra los cárteles internacionales han sido utilizados por una serie de autoridades de competencia con experiencia y de mecanismos de coordinación eficaz para las labores de aplicación de la normativa y, por consiguiente, se han fortalecido con el tiempo. A pesar de los esfuerzos de

la comunidad internacional²⁴, los programas de clemencia en los regímenes de competencia de reciente creación no se han implementado satisfactoriamente por una serie de factores culturales y comerciales, así como por consideraciones sociológicas²⁵.

B. Examen de los acuerdos oficiales de cooperación

49. Los instrumentos y procedimientos que brinda la cooperación oficial han sido muy útiles, aunque no suficientes, para seguir reforzando la cooperación internacional. Dadas las dificultades relativas a los límites impuestos en el intercambio de información confidencial, esos intercambios deberían focalizarse en la información no confidencial y en la inteligencia de la que dispone la autoridad. Ya se han producido casos de intercambio de información confidencial en circunstancias específicas, aunque de manera limitada.

50. Con la excepción de la Unión Europea, varias autoridades de competencia regionales, como las de la Comunidad del Caribe, el Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) y la Unión Económica y Monetaria del África Occidental han experimentado problemas al tratar de garantizar la aplicación de las normas regionales de competencia. Sin embargo, el COMESA ha realizado progresos en el tratamiento de las operaciones transfronterizas de fusión y concentración, como se detalla en el recuadro 1.

Recuadro 1

Control de operaciones transfronterizas de fusión y concentración: la experiencia de la Comisión de la Competencia del Mercado Común del África Meridional y Oriental

La Comisión de Competencia del COMESA se encarga de la administración y la aplicación del Reglamento de Defensa de la Competencia del COMESA. Desde la entrada en funciones de la Comisión en enero de 2013, las disposiciones del Reglamento más empleadas han sido las relativas al control de operaciones de fusión y concentración. Como consecuencia de ello, en 2014 la Comisión elaboró unas directrices para el control de las operaciones de fusión y concentración a fin de aclarar y ofrecer orientación sobre las prácticas y las políticas de aplicación de la normativa en esa materia.

En las directrices se definen los tipos de operaciones de fusión y concentración y cuándo es preceptivo su notificación y los casos en que no lo es. Las operaciones que tengan una dimensión regional y superen un umbral determinado deben ser notificadas a la Comisión. Las operaciones con una dimensión regional pueden ser notificadas a la Comisión si tanto la empresa adquirente como la que se pretende adquirir operan en dos o más Estados miembros del COMESA, o si una de las dos empresas, la adquirente o la que se pretende adquirir, operan en dos o más Estados miembros del COMESA.

Desde 2013, el COMESA ha controlado 104 casos de fusión transfronteriza de Estados miembros en sectores, como la minería, los productos farmacéuticos, la banca y los servicios financieros, la agricultura, la tecnología de la información y las comunicaciones y las telecomunicaciones, los seguros, la energía y los sectores de construcción (véase <http://www.comesacompetition.org/>). Por consiguiente, se han realizado progresos notables en la tramitación de casos transfronterizos en la región del COMESA.

51. En algunos casos, no se ha incoado investigación alguna. La cuestión fundamental que planteó la UNCTAD en 2013 —“¿por qué tantos países invierten en la aprobación de esos acuerdos si los obstáculos que impiden su buen funcionamiento son tantos?”— sigue

²⁴ Secretaría de la OCDE, 2015, "Use of markers in leniency programmes", Grupo de Trabajo núm. 3 sobre Cooperación y Aplicación de la Ley, DAF/COMP/WP3 (2014)9

²⁵ TD/RBP/CONF.7/4.

siendo válida. Es preciso seguir analizando las modalidades de cooperación y examinar con mayor profundidad que factores podrían frenar el proceso²⁶.

52. Las ventajas que presentan los acuerdos regionales en materia de competencia vienen determinadas por las modalidades de cooperación previstas en varias disposiciones legales. Por ejemplo, en muchos acuerdos oficiales de cooperación, como los acuerdos de asociación económica y los acuerdos de libre comercio, aunque las partes signatarias convengan en coordinar las actividades de aplicación de la ley, las cláusulas de coordinación solo requieren que se considere la coordinación en las actividades de aplicación de la normativa, por lo que puede no lograrse una verdadera coordinación entre las autoridades de competencia.

53. Las comunidades económicas regionales que no tienen implantadas normas de competencia adoptan un enfoque más prudente a fin de evitar la repetición de las experiencias de autoridades que han promulgado normas regionales de competencia, pero han limitado su aplicación. Por ejemplo, en el marco del Grupo Centroamericano de Competencia y en los Estados miembros de la ASEAN, la estrategia consiste en fortalecer las actuaciones internas para fortalecer la labor interna de aplicación de la normativa a nivel regional.

54. Las autoridades con mayor experiencia tienen un diferente historial de cooperación, por lo que las autoridades de reciente creación tienen que aplicar los acuerdos ya firmados, en lugar de adherirse a nuevos acuerdos cuya implementación efectiva puede llevar tiempo²⁷. Por ejemplo, actualmente la Unión Europea mantiene un número limitado de acuerdos de cooperación de primera generación con sus socios comerciales más importantes (Estados Unidos de América, Japón, República de Corea y Canadá). Esta situación podría cambiar a raíz de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea si la Comisión deja de ser competente para ordenar una inspección sin previo aviso en el Reino Unido o pedir a la Autoridad de la Competencia y los Mercados de ese país que lo haga en su nombre²⁸.

55. La Unión Europea ha destacado que, además del acuerdo de cooperación de segunda generación celebrado con Suiza en 2013, se encuentran muy avanzadas las negociaciones con el Canadá para la renovación del vigente acuerdo y elevarlo al rango de acuerdo de segunda generación. Además, la Dirección General de Competencia ha suscrito varios memorandos de entendimiento con autoridades de países terceros, como las de China, el Brasil, la Federación de Rusia, la India y Sudáfrica²⁹.

C. Se puede o no fortalecer la cooperación oficiosa

56. Las investigaciones realizadas por la UNCTAD indican que en muchas jurisdicciones de todo el mundo se establece una cooperación de carácter oficiosa. Sin embargo, para aprovechar todo el potencial de la cooperación oficiosa en la cooperación de casos concretos, las autoridades de competencia tienen que superar una serie de dificultades (véase el recuadro 2).

²⁶ TD/B/C.I/CLP/21. Véase también M. S. Gal y I. Faibish, 2011, "Regional agreements of developing jurisdictions: Unleashing the potential", en M. Bakhoun, J. Drexl, M. S. Gal, D. Gerber and E. Fox, eds., *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1920290> (2017) (consultado el 20 de abril de 2017).

²⁷ Esta situación es la que afecta a los acuerdos oficiales de defensa de la competencia, tanto si son bilaterales o regionales, firmados entre países en desarrollo, cuya aplicación, en la mayoría de los casos, se prolonga bastante tiempo.

²⁸ P. Willis and R. Eccles, 2017, *Brexit: Competition law implications*, disponible en <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/uk/competition-law-implications-of-a-brexit> (consultado el 20 de abril de 2017).

²⁹ Contribución de la Unión Europea.

Recuadro 2

Cooperación oficiosa: la perspectiva de la UNCTAD

Otra manera de alentar a las autoridades de competencia de reciente creación a estrechar aún más la cooperación oficiosa es el intercambio de conocimientos y competencias técnicas en las formas de gestionar sus respectivos procedimientos administrativos, a fin de mejorar la eficiencia y permitir el acceso a los instrumentos empleados por otras autoridades en la investigación de los casos. Las autoridades de competencia de reciente creación pueden pasar de una cooperación oficiosa y general a una cooperación en casos concretos y gran complejidad, mediante el intercambio de inteligencia sobre distintos casos, una vez adquieren experiencia y conocimientos especializados. Una de las recomendaciones del Grupo Intergubernamental de Expertos encaminadas a estrechar la cooperación oficiosa entre las autoridades de reciente creación de competencia y las autoridades de países desarrollados era la relativa a la creación de una red internacional de inteligencia basada en la confianza y los conocimientos de autoridades homólogas de defensa de la competencia.

Fuentes: TD/B/C.I/CLP/29 y TD/B/C.I/CLP/34.

57. La labor de la UNCTAD en materia de cooperación internacional en el período 2012-2014 demuestra que en los países en desarrollo la cooperación oficiosa ha aumentado en comparación con la cooperación oficial, aunque es preciso analizar más detenidamente este particular. A medida que las autoridades comiencen a participar en foros de promoción de la cooperación oficiosa, como los de la Red de Competencia Internacional, la OCDE y la UNCTAD, las oportunidades para establecer una red de contactos pueden fomentar una mejor comprensión de los sistemas jurídicos, la confianza y otras posibilidades, a fin de permitir un mejor intercambio de información entre las autoridades.

58. Las respuestas de los Estados miembros al cuestionario de la UNCTAD corroboran la importancia de la cooperación oficiosa, como se demuestra en los ejemplos siguientes³⁰:

a) El Brasil destaca la utilidad de las autoridades homólogas en la investigación de prácticas anticompetitivas de carácter transnacional en virtud de las disposiciones de acuerdos oficiales o contactos oficiosos con las autoridades de competencia por lo que a la información no confidencial se refiere.

b) Italia señala que la cooperación oficiosa es tan importante como la oficial y añade que “la cooperación oficiosa funciona bien y es eficaz siempre que las autoridades cooperantes hayan establecido una relación de confianza mutua y una red de contactos que garantice la comprensión mutua de la política de la competencia y las prácticas en la materia de cada una de ellas”. La cuestión de la confianza mutua y la comprensión de la normativa y las políticas de cada una de ellas son importantes para fomentar la cooperación oficiosa.

c) Turquía señala que la cooperación oficiosa entre las autoridades de competencia puede ser un recurso importante en la investigación de los casos transfronterizos que afectan a la competencia.

IV. Contemplar distintas opciones de política para las autoridades de competencia

A. Propuestas para el próximo nivel de cooperación en casos de carácter transfronterizo

59. Se han individuado cinco opciones para las autoridades de competencia que tratan de fomentar aún más la cooperación internacional en la investigación de prácticas

³⁰ Contribuciones de los gobiernos del Brasil, Italia y Turquía.

anticompetitivas de carácter transfronterizo, a saber: el reconocimiento de las decisiones adoptadas por autoridades o tribunales de otras jurisdicciones; modelos de ventanilla única; el nombramiento de una o más jurisdicciones para dirigir los casos de carácter transfronterizo; equipos mixtos de investigación y los nombramientos conjuntos; y la cooperación en el nivel jurisdiccional³¹.

60. Estas opciones pueden ser viables para las autoridades con mayor experiencia, pero puede ser un problema para las autoridades de competencia en los países de desarrollo y los países con economías en transición, debido a sus limitaciones de diverso tipo. Algunos de esos obstáculos y las propuestas para superarlos figuran en el cuadro 2

Cuadro 2

Opciones de política para la cooperación internacional de autoridades de competencia de reciente creación y pequeñas

<i>Opción</i>	<i>Aplicación a autoridades de competencia de reciente creación y pequeñas</i>
Reconocimiento de decisiones de tribunales de otras jurisdicciones	Las diferencias en los ordenamientos jurídicos pueden obstaculizar el grado de reconocimiento de las decisiones de tribunales extranjeros y la admisibilidad de las pruebas (por ejemplo, las sanciones civiles frente a las penales)
Modelo de ventanilla única	La falta de un marco multilateral vinculante en materia de competencia limita el funcionamiento de ese modelo y los sistemas existentes siguen estando polarizados
Nombramiento de una o más jurisdicciones encargada de dirigir las actividades en los casos de carácter transfronterizo	Uno de los problemas que enfrentan varias jurisdicciones, pero que es posible en jurisdicciones que comparten culturas, empresas y normas procedimentales y sustantivas armonizadas, por ejemplo, la cooperación en materia de aplicación del derecho de la competencia en los países nórdicos Las cuestiones relacionadas con la soberanía pueden obligar a descartar la posibilidad de una jurisdicción principal, ya que puede interpretarse erróneamente como un gesto de superioridad sobre las demás ³² .
Equipos mixtos de investigación y nombramientos conjuntos	La confianza y el entendimiento mutuo es un motivo de preocupación en la cooperación en investigaciones abiertas

Fuente: Compilación de la secretaría de la UNCTAD, y A. Nagy y A. Capobianco, 2016.

61. Las autoridades de competencia siguen teniendo dificultades para determinar las mejores opciones para fomentar la cooperación internacional en las investigaciones de casos de carácter transfronterizo. En este sentido, el primer paso para las autoridades es explorar las fuentes de información disponibles en sus propias jurisdicciones. Si la información clave se encuentra fuera de la jurisdicción, las solicitudes de información se remiten a otra autoridad y las empresas interesadas, pero no hay garantía alguna de obtener respuesta. Los contactos oficiosos entre las autoridades, a través de correo electrónico, llamadas telefónicas u otros medios, pueden dar mejores resultados.

62. Los contactos oficiales con autoridades extranjeras de competencia pueden no ser necesarios si se puede contar con la cooperación voluntaria de la empresa, que puede tener o no filiales en la jurisdicción de la autoridad solicitante. Como se señaló anteriormente, las empresas no están obligadas a responder a una autoridad con competencia para exigir que se atiendan las solicitudes de información.

³¹ A. Capobianco y A. Nagy, 2016.

³² Contribución de Berwin Leighton Paisner, Bruselas.

B. El Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, sección F: puesta en práctica

63. Los Estados miembros han propuesto la puesta en práctica de este instrumento multilateral para fomentar la cooperación para hacer frente a las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo. En la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto, un delegado propuso una serie de modalidades concretas para la implementación de las consultas voluntarias previstas en la sección F 4, en particular, la inclusión de una serie de requisitos de aplicación y elementos contemplados como respuesta a la solicitud y la posible prórroga de la participación de la secretaría de la UNCTAD en el proceso³³.

64. En el 15º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos, un delegado expresó la necesidad de seguir potenciando la utilidad de la sección F con respecto a la investigación de los casos transfronterizos en materia de competencia³⁴.

65. Dado que el Conjunto tiene carácter de derecho indicativo y no vinculante, la sección F impone a los Estados miembros unas obligaciones muy limitadas. Las modalidades propuestas por el delegado en la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto eran un mecanismo de cooperación y no un instrumento de solución de controversias. Si los Estados miembros convienen en celebrar consultas, es posible que no encuentren una solución mutuamente aceptable en este asunto. En este sentido, quedan pendientes cuestiones que deben abordarse para encontrar una forma eficaz de llevar a cabo consultas a las que se hace referencia en la sección F 4, ya sea a través de las modalidades propuestas o de otro procedimiento. Ello implicaría ocuparse de la limitación impuesta por la mayoría de los sistemas al intercambio de información confidencial, identificando las instituciones competentes de cada Estado miembro que podrían participar en las consultas —incluidos los trámites de notificación— y el posible papel de la UNCTAD en la facilitación del proceso.

66. Durante la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto, los Estados miembros convinieron en que era beneficioso contar con un conjunto por defecto de normas procedimentales para instaurar las consultas en virtud de lo establecido en la sección F 4. La razón era que las consultas ofrecerían a los Estados miembros otro mecanismo de cooperación, además de las redes oficiales y oficiosas y la asistencia técnica; con esas normas a los Estados miembros podrían disfrutar de la previsibilidad y la UNCTAD podría desempeñar una labor de facilitación mediante la prestación de servicios de conferencias, asistencia técnica y supervisión de los acuerdos, si así lo solicitaran las partes. Varios delegados señalaron que la participación de la UNCTAD como tercera parte imparcial generaría un valor añadido al mecanismo y ayudaría a los Estados miembros a obtener las autorizaciones necesarias de las autoridades competentes para asistir y participar en las consultas.

C. En el marco de la Red Internacional para la Competencia para promover el intercambio de información no confidencial para las actuaciones de investigación y sanción de los casos de prácticas colusorias

67. En 2015, la RIC propuso la creación de un marco para facilitar el intercambio de información en la investigación de cárteles. El marco obliga a las autoridades que son miembros de la RIC a designar oficialmente un funcionario de enlace para facilitar el flujo de las comunicaciones entre los equipos de investigación. En este caso, es preciso alcanzar un cierto nivel de confianza entre las autoridades cooperantes y de una confianza interna entre los encargados de un caso y los de la unidad internacional de una autoridad.

³³ TD/RBP/CONF.7/11.

³⁴ TD/B/C.I/CLP/40.

68. Si se implantase este marco, serían necesarios varios incentivos para que las dos autoridades cooperasen en un asunto concreto. Esos incentivos podrían interpretarse como unas contrapartidas que ambas autoridades obtendrían en caso de cooperar. En este sentido, la idea de la similitud de niveles de experiencia acumulada entre regímenes de defensa de la competencia tal vez pueda ser la solución necesaria para avanzar. Para ello, es necesaria una relación de igual a igual que permita la cooperación entre autoridades de niveles similares de desarrollo y experiencia en materia de aplicación de la normativa. A raíz de una propuesta presentada por un delegado, 33 autoridades se han inscrito en el marco.

69. Las autoridades de competencia pueden utilizar esta herramienta para cooperar con sus homólogas e intercambiar información pertinente relacionada con la inteligencia en investigaciones abiertas. En el marco propuesto los miembros de la RIC disponen de una vía; sin embargo, quedan pendientes cuestiones que es preciso solventar para que las autoridades crean plenamente en él y redunde en su beneficio. Es necesario seguir trabajando a fin de examinar si es beneficioso o no fomentar la cooperación internacional en las investigaciones transfronterizas tal como se contempla en esa propuesta.

V. El papel de la UNCTAD en la cooperación internacional

70. La función tradicional de la UNCTAD en el fortalecimiento de la cooperación internacional en muchos ámbitos de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia se ha desempeñado en muchas de sus reuniones y otras actividades de cooperación técnica con las autoridades de competencia en países en desarrollo y con economías en transición. Esas actividades se encuadran en las categorías siguientes: promover una mejor comprensión de las leyes, los criterios de evaluación y los elementos para fijar las medidas correctivas y las sanciones; elaboración de directrices y buenas prácticas para los acuerdos de cooperación; fomento de la capacidad humana y técnica de las autoridades de competencia de reciente creación para aplicar el derecho de la competencia mediante iniciativas bilaterales y regionales. En los últimos años, esos esfuerzos se han llevado a cabo mediante las actividades previstas en los proyectos nacionales de Albania, Etiopía y Zimbabwe y las actividades de proyectos regionales desarrolladas por COMPAL, los Estados miembros de la ASEAN y los Estados de la región de Oriente Medio y Norte de África.

71. Sin embargo, dada la complejidad del tema y teniendo en cuenta las tendencias actuales y las propuestas presentadas por las autoridades de competencia de reciente creación y las organizaciones internacionales, el carácter mundial de la composición de la UNCTAD podría ser una ventaja para la ampliación de las actividades llevadas a cabo hasta la fecha desde la aprobación en 1980 del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas.

72. En este sentido, una posible función de la UNCTAD, siempre que los Estados miembros presenten una petición concreta, podría ser facilitar las iniciativas siguientes: mecanismos de la UNCTAD de consultas voluntarias para la aplicación coordinada de la normativa entre dos autoridades de competencia de similar entorno institucional y experiencia en aplicación de la ley, y fortalecer la posición de la UNCTAD para facilitar consultas e intercambio de experiencias entre países en desarrollo y los países con economías en transición sobre la forma de poner en marcha esos mecanismos.

VI. Otras esferas de investigación y cuestiones de debate

73. La cooperación internacional para hacer frente a las prácticas anticompetitivas de carácter transfronterizo se ha debatido en varias reuniones internacionales y aparece mencionada en varios estudios y documentos de debate. Quedan cuestiones pendientes por resolver a fin de que las autoridades de los países en desarrollo y los países con economías en transición participen en una cooperación internacional eficaz.

74. A fin de determinar las esferas de interés de ulteriores trabajos de investigación, los Estados miembros y otros expertos tal vez deseen examinar las cuestiones para el debate siguientes:

a) ¿Cuáles son los instrumentos necesarios para que las autoridades nacionales de competencia alcancen un grado de desarrollo que les permita beneficiarse de la cooperación internacional en casos transfronterizos en materia de competencia?

b) ¿Qué medidas podrían adoptar las autoridades de los países en desarrollo para facilitar la cooperación internacional con organismos de su mismo nivel y con autoridades de países desarrollados?

c) ¿Qué medidas podrían aplicarse para facilitar las consultas previstas en la sección F del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, a fin de estrechar aún más la cooperación entre los Estados miembros?

d) ¿De qué manera puede la UNCTAD colaborar con otras organizaciones y redes internacionales para promover la cooperación internacional en el marco de la sección F?
