

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2013)20

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

19-Aug-2013

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2013)20
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión II: Acuerdos regionales de competencia

Contribución de Perú

3 y 4 de septiembre de 2013, Lima, Perú

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Perú PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 3 y 4 de septiembre de 2013 en el Perú.

Contacto: Mr. Mario UMAÑA
Correo electrónico: mariou@iadb.org

JT03343630

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 3 y 4 de septiembre de 2013, Lima (Perú) --

Sesión II: Acuerdos regionales de competencia

CONTRIBUCIÓN DE PERÚ

1. Propuesta del Perú para fortalecer la cooperación en la investigación de prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo en Sudamérica

1. El Estado, a través de sus agencias de competencia, tiene como misión velar por el interés de sus ciudadanos, promoviendo el bienestar general y el proceso competitivo. Para ello, debe garantizar que la competencia en los mercados no sea falseada o destruida por la acción ilegal de algunas empresas que finalmente perjudiquen el interés general.

2. La defensa de la competencia resulta importante desde punto de vista económico porque garantiza que el mercado funcione adecuadamente y que la asignación de los recursos sea eficiente; y también desde el punto de vista social, ya que la competencia desaparece la hostilidad entre los miembros de una sociedad y surge el deber de colaboración y asistencia, lo cual los moviliza a producir bienes y servicios.¹

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

¹ Julio Pascual y Vicente (2013).

4. Para estos fines el INDECOPI² cuenta con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuya finalidad es la siguiente:

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

5. Con esta norma se han venido sancionando una serie de conductas anticompetitivas que han afectado el mercado peruano; sin embargo, existen casos donde las prácticas anticompetitivas detectadas tienen impacto transfronterizo e incluso han sido o vienen siendo investigadas en otros países, por lo que resulta de mucha importancia la cooperación entre los países involucrados.

6. En efecto, la experiencia de los países desarrollados nos muestra la importancia que tiene la cooperación entre las agencias para la lucha contra las prácticas anticompetitivas transfronterizas tal como el abuso de posición de dominio, las fusiones que distorsionan la competencia y los carteles transfronterizos.³ Sin embargo, tal como concluyeron las Naciones Unidas en la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo llevada a cabo el 19 de abril de 2012, a diferencia de los países desarrollados, los países en desarrollo no han tenido avances en la cooperación entre agencias para la lucha contra las prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo.

7. En nuestra región, existen dos esfuerzos por parte de la Comunidad Andina y el MERCOSUR por crear normas de competencia supranacionales:

- Comunidad Andina⁴: En la Decisión 608 se regulan las prácticas anticompetitivas con efectos en dos o más Estados Miembros. Sin embargo, esta norma presenta el inconveniente de cómo hacer cumplir las decisiones que se emitan en virtud de la referida norma, debido a la falta de institucionalidad y de una estructura adecuada.
- MERCOSUR⁵: Sus disposiciones de competencia no se han aplicado, dado que no se define si se aplican a las prácticas anticompetitivas prohibidas a nivel nacional o a las transfronterizas.

8. En consecuencia, conociendo todos estos antecedentes vemos que si actualmente las empresas multinacionales que incurren en prácticas anticompetitivas transfronterizas se encuentran organizadas, corresponde que las agencias de competencia también se organicen. Por ello, el 17 de junio de 2013, el INDECOPI propuso a las agencias de competencia Sudamérica la creación de un **Foro Sudamericano de Agencias de Competencia** que tenga como objetivo lograr una mayor eficacia en la defensa de la libre competencia en nuestra región.

² Siglas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, agencia de competencia peruana.

³ Acuerdos, eventualmente secretos, entre empresas que actúan en un mismo mercado cuyo objeto es fijar los precios, distribuirse los mercados o limitar la producción.

⁴ Es una comunidad de países unidos voluntariamente con el objetivo de alcanzar el desarrollo integral mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana. La integran los siguientes países: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

⁵ El Mercado Común del Sur – MERCOSUR, está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Los Estados que conforman el MERCOSUR comparten una comunión de valores que encuentra expresión en sus sociedades democráticas, pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales, de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, así como su compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social con equidad. Tiene como Estados asociados a Chile, Colombia, Perú, Ecuador.

9. Esta propuesta surgió luego de que quedó evidenciada la poca o casi nula coordinación que existe actualmente entre las agencias de competencia sudamericanas por ejemplo en la investigación del mercado de oxígeno líquido llevada a cabo en 7 países⁶ de América Latina.⁷

10. Dicha investigación se llevó a cabo debido a que las empresas multinacionales suministradoras de oxígeno líquido a los hospitales de 7 países de América Latina incurrieron en prácticas colusorias en licitaciones públicas, a través de sus subsidiarias nacionales. Sin embargo, pese a que la práctica fue sancionada por casi todos los países incluyendo al Perú,⁸ no existió ningún tipo de coordinación entre las autoridades de competencia.

11. Esta falta de cooperación entre los países se da principalmente por las siguientes razones:

1.1 Dificultad relacionada con los bajos niveles de cooperación que existe entre las agencias de competencia de Sudamérica

12. Si bien las agencias de competencia de la región han celebrado diversos acuerdos de cooperación, se evidencia aún un problema de disponibilidad de instrumentos eficaces para la cooperación y confianza entre las agencias, lo que trae como consecuencia que exista poca cooperación entre las agencias y que diversas prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo, no sean detectadas.

13. A parte de la falta de existencia de instrumentos eficaces de cooperación, varias son las razones identificadas que explican la escasez de cooperación regional entre las autoridades de competencia, particularmente en los países en desarrollo, las causas son: la falta de experiencia y la capacidad institucional de las autoridades (la mayoría de las agencias de las siete jurisdicciones son relativamente jóvenes), la falta de seguimiento de las actividades de los carteles y otras actividades anticompetitivas como el abuso de posición de dominio y fusiones que restrinjan la competencia, sumado al hecho de que puede resultar costoso y complejo analizar la información que puede ser intercambiada debido a los requisitos legales de cada país, sobre todo para los países que carecen de experiencia y estructuras administrativas fuertes.

1.2 Dificultad en el intercambio de información en la investigaciones

14. El intercambio de información se ha vuelto uno de los obstáculos más grandes para detectar y detener prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo. Incluso los acuerdos de cooperación entre las autoridades de competencia raramente incluyen disposiciones acerca del intercambio de información.

15. Existen tres niveles de información que se puede compartir entre las agencias de competencia para mejorar su eficacia en su lucha contra las prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo:

- **Información pública:** Son las Resoluciones que emiten las agencias, así como las decisiones judiciales sobre los casos resueltos por las agencias de competencia que llegaron a la vía judicial. Estudios e informes que hayan sido publicados y los anuncios que se publiquen sobre el estado de los expedientes.

⁶ Panamá, Chile, Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú.

⁷ Información basada en UNCTAD – COMPAL “Lecciones Aprendidas a raíz de los casos de Oxígeno Líquido en América Latina: Recomendaciones para mejorar la cooperación en investigación de carteles”. Documento presentado ante el Seminario Internacional sobre Contratación Pública, Quito, Ecuador 12-13 de marzo de 2013. Elaborado por Pierre Horna dentro del marco del Componente Regional del Programa COMPAL Ver en: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/IntBidRig_Backnote_ES.pdf

⁸ Ver Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.

- **Información no confidencial pero no pública:** Esta es la información que ha sido producida por la agencia de competencia pero que no se ha puesto a disposición del público ni se ha diseminado. Por ejemplo: en el caso de los carteles cuáles han sido los hallazgos sobre su estructura y sus agentes intervinientes, así como es la situación de la competencia en determinado sector (incluido los indicios de prácticas anticompetitivas).
- **Información confidencial:** Se trata de la “información confidencial” propiamente dicha, según se haya definido en cada jurisdicción (normalmente las leyes protegen como “información confidencial” solo los secretos comerciales de las empresas). En otro nivel (seguramente de menor protección) tenemos a la información aportada por las partes en el marco de una investigación, que puede estar protegida por el deber de secreto o discreción por lo menos en el curso de las investigaciones, a pesar de no ser “información confidencial” en sentido estricto. También (pero de protección incluso inferior) tenemos la información generada por la agencia de competencia en el marco de una investigación.

16. Como podemos apreciar, el intercambio de información confidencial es lo que genera mayor problema entre las agencias de competencia. Aquí una serie de factores que contribuyen a este hecho:

- Existen diferentes definiciones del concepto de “información confidencial” entre los países, lo que implica que una determinada información puede ser compartida por algunas agencias pero no por otras. Esto ha creado limitaciones significativas en el tipo de información que se puede compartir (por ejemplo, la información generada por la agencia de competencia). Esto puede conllevar un círculo vicioso, pues al no existir definición común de este concepto una agencia puede no saber que otra agencia de la región se encuentra investigando el mismo caso.⁹
- La falta aparente de compromiso en el intercambio de información confidencial que puede ser explicado por el efecto de los acuerdos de competencia. Los acuerdos entre estos países son bastante recientes y desde su vigencia no ha habido casos en los que el intercambio de información confidencial haya sido necesario para resolver casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas, lo cual no implica que de haberse dado el intercambio, el nivel de las investigaciones pudo haber sido mayor.
- La confidencialidad no sólo afecta en el desarrollo de la investigación, sino que también puede dañar el interés legítimo y el derecho de los sujetos o empresas objeto de la investigación que pueden haber suscrito cláusulas de confidencialidad profesional y de negocios.
- Falta de confianza mutua entre las autoridades de competencia.
- Viabilidad legal del intercambio de información confidencial producto de los acuerdos comerciales.

⁹ Este es el caso de los países centroamericanos donde las dificultades en la implementación de los acuerdos entre las agencias, llevaron a la prohibición completa de intercambio de información confidencial. Por ejemplo, la autoridad de Costa Rica ha firmado acuerdos de cooperación institucional en asuntos de competencia con la Comisión de Defensa y Promoción de la Competencia de la República de Honduras, el Instituto de Promoción de la Competencia (Pro Competencia) de la República de Nicaragua, la Superintendencia de Competencia de El Salvador y la Autoridad de Protección del Consumidor y Competencia de Panamá entre otros. Si bien estos acuerdos intentan promocionar la libre competencia en la región, estos esfuerzos se han visto eclipsados por la falta de acuerdo sobre el intercambio de información confidencial entre las autoridades, debido principalmente a las limitaciones de su legislación nacional sobre el tema.

1.3 *Pocos avances en la implementación de los programas de clemencia en Latinoamérica, con excepción de Brasil y Chile*

17. La ausencia de mecanismos internacionales de represión de prácticas anticompetitivas con efecto transfronterizo como carteles, añadida a la falta de efectividad en los programas de clemencia de los países de América Latina (con excepción de Brasil), hacen que el descubrimiento y la persecución de prácticas anticompetitivas sea muy complicado.

18. Sin embargo, en las últimas versiones de las leyes de competencia de Perú (2008), México (2011), Brasil (2012) y Costa Rica (2013), las disposiciones sobre los programas de clemencia están mejor detalladas y se encuentran en concordancia con los estándares internacionales, prácticas comunes y las condiciones locales (con notoria excepción de Costa Rica). Por ejemplo, aunque el INDECOPI no ha tenido oportunidad de intercambiar información con otras jurisdicciones en el marco de un programa de clemencia, la ley de competencia de Perú contiene disposiciones relacionadas con la cooperación efectiva en el marco de este programa que podría eventualmente, ser aplicable a las investigaciones transfronterizas.

1.4 *Reconocimiento adecuado de las pruebas reunidas en el exterior*

19. A menudo, las pruebas en las investigaciones abiertas a carteles y otras prácticas anticompetitivas de alcance transfronterizo se encuentran en el extranjero. Sin embargo, debido al bajo nivel de cooperación y la falta de mecanismos que permitan el intercambio de información, los investigadores no tienen acceso a pruebas localizadas fuera de sus territorios. Más aún, existe muy poca o ninguna discusión y comparación de notas entre los investigadores del mismo caso en las distintas agencias, lo que impide el progreso de la investigación y que se realice una mejor defensa frente a los argumentos de las partes investigadas.

20. Si las pruebas necesarias para la condena se encuentran dispersas en distintas jurisdicciones y no pueden ser compartidas por razones legales, incluso cuando una autoridad tenga información adecuada para llevar a cabo un proceso exitoso, otras jurisdicciones que se pueden haber visto afectadas por la práctica anticompetitiva pueden ser incapaces de sancionarla por no contar con la referida información.

21. Todos estos inconvenientes pueden ser superados por los países mediante la cooperación tanto en la etapa de pre-investigación, investigación y post – investigación, mediante la creación de mecanismos que permitan intercambiar información sobre las estrategias utilizadas tanto por las agencias de competencia como por las empresas investigadas. Asimismo, sería oportuno desarrollar mecanismos legales que permitan el intercambio de información y documentos e inclusive, en una etapa mucho más avanzada, permitan llevar a cabo diligencias conjuntas.

22. Para materializar este trabajo y tal como mencionamos al inicio del presente documento, el INDECOPI ha propuesto a las agencias de competencia de Sudamérica de los países de: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela que se fortalezcan los mecanismos de cooperación para lograr una mayor eficacia en la defensa de la libre competencia, mediante la creación de un **Foro Sudamericano de Agencias de Competencia** que tenga los siguientes objetivos iniciales:

- Llevar a cabo por lo menos una reunión de trabajo anual.
- Conformar un equipo de trabajo encargado de crear una Plataforma Virtual donde se puedan cargar las decisiones y sanciones a carteles transnacionales y otras prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo y que todos los miembros tengan acceso a dicha información. Para ello se podría contar con financiamiento de organismos internacionales.

- Conformar equipos de trabajo encargados de estudiar la legislación y práctica en materia de defensa de la competencia de cada uno de los países miembros y de la elaboración de dos documentos fundamentales para la cooperación: (i) **“Acuerdo marco de cooperación en la investigación de prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo”** para el intercambio de información que abarcaría tanto la etapa de pre – investigación o preliminar como la parte de investigación y post – investigación; y, (ii) **“Convenio de tratamiento de información”** que permita garantizar que la información intercambiada no sea divulgada.
- Llevar a cabo investigaciones y acciones conjuntas de defensa de la libre competencia.
- Fomentar el intercambio de funcionarios entre las agencias de defensa de la competencia miembros del foro.

23. Si bien esta es una propuesta ambiciosa, estamos convencidos que resulta necesaria para aplicar la normas de competencia en las regiones de manera satisfactoria, teniendo en consideración que es una realidad que algunas empresas multinacionales incurrir en prácticas anticompetitivas con efectos transfronterizos, ante lo cual las agencias de competencia tienen que encontrarse en la capacidad de responder con la misma capacidad de acción y coordinación.