

La Declaración de Lima

Una acción concreta para el fortalecimiento de la cooperación entre agencias en la fiscalización de actividades anticompetitivas transfronterizas

Hebert Tassano Velaochaga¹

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. Desde el punto de vista económico, garantizar la promoción y defensa de la competencia genera que el mercado funcione adecuadamente y que la asignación de los recursos sea eficiente; desde el punto de vista social, 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.²

Para ello resulta importante que exista una legislación que sancione a los agentes que atentan contra la competencia del mercado. Para estos fines el INDECOPI³ 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.*

Con esta norma se han sancionado 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 para su detección e investigación resulta de mucha importancia la cooperación entre los países involucrados.

Al respecto, conocer la experiencia de los países desarrollados nos muestra la importancia que tiene la cooperación entre las agencias de competencia para la lucha contra las prácticas anticompetitivas transfronterizas tal como el abuso de posición de dominio, las

¹ Presidente del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Miembro del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL y Miembro del Cuerpo Colegiado de OSITRAN.

Profesor de la Especialización en Protección al Consumidor del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico; del Curso de Derecho Administrativo de la Regulación en el Post-Grado de la Universidad ESAN y de la Facultad de Derecho Corporativo de la misma universidad. E-mail: htassano@pucp.edu.pe

² Julio Pascual y Vicente (2013).

³ Siglas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, agencia de competencia peruana.

fusiones que distorsionan la competencia y los carteles transfronterizos.⁴ 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.

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

- Comunidad Andina⁵: 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.
- MERCOSUR⁶: sus disposiciones de competencia no se han aplicado, por la complejidad del tema y porque además, no se define claramente si se aplican a las prácticas anticompetitivas prohibidas a nivel nacional o a las que tienen impacto transfronterizo.

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** que tuviera como objetivo lograr una mayor eficacia en la defensa de la libre competencia en nuestra región.

Esta propuesta surgió luego de que quedó evidenciada la poca o casi nula coordinación que existe actualmente entre las agencias de competencia sudamericanas, como ocurrió por ejemplo en la investigación del mercado de oxígeno líquido llevada a cabo en 7 países⁷ de América Latina.⁸

⁴ Acuerdos, eventualmente secretos, entre empresas que actúan en un mismo mercado cuyo objeto es fijar los precios, distribuirse los mercados o limitar la producción.

⁵ 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.

⁶ El Mercado Común del Sur – MERCOSUR, está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y 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 y Ecuador.

⁷ Panamá, Chile, Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú.

⁸ 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

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 en cada país. Sin embargo, pese a que la práctica fue sancionada por casi todos los países incluyendo al Perú,⁹ no existió ningún tipo de coordinación entre las autoridades de competencia.

La falta de cooperación entre los países se da principalmente por las siguientes razones:

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

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.

Otras razones que explican la escasez de cooperación regional entre las autoridades de competencia, particularmente en los países en desarrollo, son: la falta de experiencia y la capacidad institucional de las autoridades (la mayoría de las agencias 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.

- **Dificultad en el intercambio de información en la investigaciones**

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.

⁹ Ver Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.

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:** conformada por 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.
- **Información no confidencial pero no pública:** conformada por 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 serían 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.

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 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.¹⁰

- 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 se registran casos en los que se haya intercambiado información confidencial para resolver casos de prácticas anticompetitivas transfronterizas.
 - La confidencialidad no sólo afecta en el desarrollo de la investigación, sino que también puede dañar el interés legítimo y el derecho de los 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.
- **Pocos avances en la implementación de los programas de clemencia en Latinoamérica, con excepción de Brasil y Chile**

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.

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

¹⁰ 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.

marco de este programa que podría eventualmente, ser aplicable a las investigaciones transfronterizas.

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

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.

Si las pruebas necesarias para sancionar a un agente 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 verse en la imposibilidad de sancionarla por no contar con la referida información.

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.

Para materializar este trabajo y tal como mencionamos al inicio del presente documento, el 17 de junio de 2013, INDECOPI propuso 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. Sobre la base de esta iniciativa y en el marco del Foro Latinoamericano de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE las agencias de competencia de Chile (Fiscalía Nacional Económica), Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio) y Perú (INDECOPI) firmaron la **Declaración de Lima** mediante el cual se creó un espacio de intercambio de experiencias en

el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia, así como para analizar y estudiar temas de interés y discutir los pasos a seguir para mejorar los niveles de integración entre las agencias, a través de reuniones que se llevarán a cabo de manera periódica, aprovechando los foros internacionales y regionales. La sección de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor de la UNCTAD, tendrá el rol de facilitador de las reuniones y pondrá a disposición de sus participantes una base de datos de casos de competencia.

En virtud de la suscripción de la **Declaración de Lima**, las agencias de competencia de Chile, Colombia y Perú nos encontramos realizando actividades de cooperación en la investigación de un caso que afectaría la libre competencia del mercado con impacto transfronterizo, cuyos detalles en estos momentos deben mantenerse en reserva debido a la confidencialidad de la investigación.

En ese sentido, vemos que la firma de la **Declaración de Lima** constituye un punto de partida muy importante para la cooperación entre los países de la región en temas de competencia, dejando abierta la posibilidad de que otras agencias de competencia de América Latina se adhieran. Sin embargo, a corto y mediano plazo estos lazos de cooperación podrían fortalecerse incluso mucho más y apuntar a la creación inclusive de un **Foro** con una agenda propia y con la finalidad de estudiar la legislación y práctica en materia de defensa de la competencia de cada uno de los países miembros y lo que es muy importante, elaborar documentos fundamentales para la cooperación, como: (i) un **“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) un **“Convenio de tratamiento de información”** que permita garantizar que la información intercambiada no sea divulgada. Incluso en una etapa mucho más avanzada podría propiciar un espacio de coordinación para llevar a cabo investigaciones y acciones conjuntas de defensa de la libre competencia.

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 incurren 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.