



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
10 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia
11º período de sesiones
Ginebra, 19 a 21 de julio de 2011
Tema 2 del programa provisional

Examen de la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, en particular a nivel regional

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La aceleración de la globalización en los últimos decenios ha ampliado el ámbito geográfico de la competencia. Las actividades de las grandes empresas pueden tener repercusiones en múltiples mercados de otras jurisdicciones y aumentar así el alcance de los efectos transfronterizos de las prácticas anticompetitivas. Por consiguiente, un enfoque exclusivamente nacional de las políticas antitrust ya no es suficiente. La comunidad internacional ha probado diversos enfoques para establecer una cooperación eficaz y hacer frente a los problemas de monopolio desde una perspectiva mundial. En los últimos años se han realizado importantes progresos, en particular en los países desarrollados, que han cooperado en casos concretos de investigaciones de cárteles internacionales y exámenes de fusiones transfronterizas.

En el presente documento se examina la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia y se destacan los enfoques adoptados para reforzar la cooperación en las prácticas de aplicación e intercambiar información y prácticas óptimas a fin de investigar eficazmente las actividades de mercado con elementos transnacionales.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1–11	3
I. Soluciones probadas.....	12–55	4
II. Cooperación en casos específicos: cárteles y fusiones.....	56–90	13
III. Conclusión y cuestiones que hay que seguir examinando.....	91–92	21
IV. Cuestiones que deberían debatirse		21

Introducción

1. Como se recomendó en la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, celebrada en Ginebra del 8 al 12 de noviembre de 2010, en el 11º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos se celebrará una mesa redonda en la que se examinará "la experiencia adquirida hasta la fecha en materia de cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, en particular a nivel regional". La siguiente nota de antecedentes contiene información encaminada a ayudar a los Estados miembros a estructurar sus debates acerca de este tema.

2. Las principales fuentes de información de la presente nota corresponden a estudios de la UNCTAD, respuestas a un cuestionario recibidas de los miembros, contribuciones a la Conferencia mencionada más arriba, publicaciones de los grupos de trabajo de la Red Internacional para la Competencia y mesas redondas organizadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre este tema. La nota también recoge información de los sitios web de organismos reguladores de la competencia, así como de publicaciones académicas sobre el tema.

3. Entre 1999 y 2006, 12 empresas de transporte aéreo constituyeron un cártel internacional. Entre ellas figuraban importantes compañías aéreas tales como Air France, KLM, SAS, Singapore Airlines, British Airways, Cathay Pacific y Air Canada. Inicialmente, las compañías de transporte se pusieron en contacto para abordar problemas relativos a los recargos por los precios del combustible y acordaron una tasa fija para todos los envíos. Posteriormente, la cooperación se amplió a los recargos por concepto de seguridad y a la negativa unánime a pagar una comisión sobre los recargos a los transitarios. Ello les permitió evitar competir entre sí mediante, por ejemplo, la concesión a los clientes de descuentos sobre dichos recargos. Los efectos del cártel se hicieron sentir en diversas jurisdicciones y desencadenaron investigaciones de los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo¹.

4. Hoy en día, las fusiones entre empresas también suelen tener una dimensión internacional. Por ejemplo, la reciente fusión entre dos empresas con sede en los Estados Unidos de América, Intel, un importante fabricante de unidades centrales de proceso, y McAfee, un proveedor de servicios de seguridad de la tecnología de la información, suscitó preocupación en la Comisión Europea (CE) debido a la fuerte presencia de Intel en los mercados mundiales de microprocesadores y conjuntos de microprocesadores informáticos². La CE supeditó su autorización de la fusión a que se garantizara que los competidores podrían seguir suministrando productos de seguridad de la tecnología de la información compatibles con las unidades de Intel. La CE contó con la estrecha cooperación de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos para el examen de esta fusión.

5. Estos casos son dolorosos ejemplos del creciente alcance geográfico de las transacciones comerciales y de las repercusiones internacionales de las actividades anticompetitivas en los mercados globalizados modernos. En este contexto, los organismos reguladores de la competencia tienen ante sí nuevos retos y oportunidades para poner freno a las prácticas anticompetitivas multinacionales y restablecer la competencia.

¹ La Comisión Europea ha multado recientemente a 11 de las compañías de transporte aéreo, imponiéndoles el pago de 799 millones de euros.

² Véase http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5984.

6. El fracaso de los primeros intentos, tras la segunda guerra mundial, de elaborar una legislación multilateral sobre la competencia obligó a los países con regímenes más avanzados a ese respecto a recurrir a la aplicación extraterritorial de sus leyes de competencia para hacer frente a los efectos negativos internos de las prácticas anticompetitivas mantenidas por entidades extranjeras. No obstante, más recientemente, y habida cuenta de las inevitables fricciones entre la aplicación extraterritorial y la soberanía de los Estados, la teoría y la práctica han vuelto a centrarse en la creación de un sistema de vinculaciones internacionales que permita abordar adecuadamente los desafíos planteados por los problemas de monopolio que suscitan las actividades de las empresas transnacionales en un mundo globalizado.

7. Con ese objetivo se han puesto en marcha numerosas iniciativas, desde acuerdos oficiales bilaterales y multilaterales hasta interacciones oficiosas e intercambios de información y prácticas óptimas. Existe ya un consenso muy amplio en que la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo facilita la aplicación efectiva y eficiente de las leyes de competencia y, por lo tanto, ayuda a mantener mejor la competencia en los mercados.

8. Sin embargo, diversos factores socavan la eficacia de la cooperación en la aplicación, especialmente las diferencias entre las jurisdicciones con respecto a las normas sustantivas, los procedimientos y los enfoques institucionales relativos a la competencia. Además, aunque la amplia proliferación de leyes y políticas de la competencia es innegable —actualmente más de 110 países cuentan con regímenes viables de derecho de la competencia—, varios países siguen sin tener un marco normativo que les permita hacer frente a las prácticas anticompetitivas mantenidas por entidades nacionales o extranjeras. Asimismo, es evidente que las actividades de cooperación tienden a centrarse en los países desarrollados con regímenes de la competencia más avanzados.

9. El presente documento tiene por objeto examinar la experiencia adquirida desde entonces en la cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, y destacar las prácticas y los enfoques adoptados hasta la fecha por los organismos reguladores de la competencia a fin de reforzar la cooperación en la aplicación e intercambiar información y prácticas óptimas para investigar eficazmente las actividades de mercado que tengan una dimensión transnacional. En particular, el documento se centrará en la cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia en relación con las investigaciones de los cárteles y el control de las fusiones transfronterizas.

10. En el capítulo I se ofrece un panorama general de los orígenes e influencias que dieron lugar al aumento de la cooperación y se examinan los instrumentos de cooperación utilizados por los organismos reguladores de la competencia para la aplicación del derecho internacional de la competencia.

11. En el capítulo II se examinan con mayor detalle casos específicos de cooperación y se presta una atención especial a las investigaciones de cárteles y al control de las fusiones transfronterizas. En este capítulo también se abordan los últimos acontecimientos y los retos que las autoridades tienen ante sí con respecto a la cooperación en esas esferas. En el capítulo III se establecen conclusiones y se plantean algunas cuestiones que deberían debatirse.

I. Soluciones probadas

12. La aceleración de la globalización ha ampliado el ámbito geográfico de la competencia. Las empresas pueden ahora competir eficazmente en mercados fuera de sus jurisdicciones. El aumento de la globalización también ha hecho que un mayor número de fusiones afecten a dos o más jurisdicciones y puedan influir en las estructuras de mercado

de múltiples países. Estos cambios ponen de relieve los límites de las leyes nacionales de competencia vigentes para hacer frente a los efectos de las prácticas anticompetitivas en los mercados mundiales.

13. El número de organismos reguladores de la competencia existentes en el mundo ha aumentado rápidamente en los últimos decenios, al menos en parte debido al nuevo consenso mundial sobre la idoneidad de la economía de mercado y la competencia, por contraposición a la planificación estatal generalizada, como medio para lograr el crecimiento económico y el desarrollo. Sin embargo, a menudo las normas sustantivas y de procedimiento difieren drásticamente y su cumplimiento puede resultar demasiado oneroso y costoso para quienes desarrollan una actividad comercial legítima. Por consiguiente, para combatir eficaz y eficientemente las prácticas anticompetitivas sin que las propias leyes de la competencia se conviertan en un obstáculo para el logro de un desempeño económico eficiente, es preciso que haya algún tipo de cooperación entre los países.

14. Las iniciativas adoptadas para abordar esta cuestión pueden clasificarse en cinco categorías generales:

- Extraterritorialidad;
- Acuerdo multilateral vinculante en materia de competencia;
- Acuerdos bilaterales;
- Acuerdos regionales y comunitarios;
- Instrumentos jurídicos no vinculantes, redes, acuerdos de cooperación y entendimientos oficiosos.

A. Extraterritorialidad

15. La extraterritorialidad es la afirmación de las competencias jurídicas de un Estado más allá de sus fronteras en virtud de principios del derecho internacional público. Se ha aplicado incluso cuando la práctica no se origina en la jurisdicción de aplicación pero tiene algún efecto en ella. Ello ha sido fuente de frecuentes conflictos entre jurisdicciones, y ha llevado a algunos países a promulgar leyes de bloqueo para intentar evitar esa aplicación extraterritorial y preservar su soberanía jurisdiccional. Con el creciente consenso mundial sobre la importancia de combatir las prácticas anticompetitivas, ese conflicto ha casi desaparecido, ya que las jurisdicciones están ahora más dispuestas a cooperar en la aplicación extraterritorial.

16. La extraterritorialidad no resuelve por sí sola el problema de combatir las prácticas anticompetitivas a escala mundial. En primer lugar, cada país se centra en perseguir las prácticas anticompetitivas perjudiciales para su propia economía y deja que los demás países libren su propia batalla. Dado que no todos los países tienen los recursos, los conocimientos técnicos y la sofisticación que hacen falta para proceder unilateralmente a la aplicación extraterritorial de las normas, esa aplicación será insuficiente en algunas regiones, probablemente en las economías más pequeñas o menos desarrolladas, incluso si las leyes de la competencia son sustancialmente idénticas. En segundo lugar, en los casos de aplicación extraterritorial pueden entrar en juego más consideraciones políticas ajenas a la competencia que cuando dicha aplicación tiene lugar únicamente a nivel nacional.

B. Acuerdo multilateral vinculante en materia de competencia

17. Ya en la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (1948) se debatió la conveniencia de un acuerdo multilateral sobre el derecho de la

competencia. La Carta de La Habana fue el primer intento significativo de crear un marco multilateral para el comercio y la competencia, e incluía disposiciones en que se limitaban las prácticas comerciales restrictivas y se prohibían los cárteles y las restricciones verticales por los monopolios. No obstante, la Carta no llegó a entrar en vigor, debido a la resistencia de numerosos países, entre ellos los Estados Unidos y muchos países en desarrollo.

18. A principios de los años noventa, la Unión Europea (UE) volvió a plantear la cuestión de un acuerdo multilateral vinculante sobre la competencia, conjuntamente con la repercusión de la competencia en el comercio internacional, y trató de incluir un acuerdo multilateral sobre el derecho de la competencia en las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio celebradas en el marco de la Ronda Uruguay.

19. Aunque esa iniciativa no prosperó, el entusiasmo por explorar normas multilaterales de aplicación de las disposiciones sobre la competencia llevó a que en 1996 se impartiera a la Organización Mundial del Comercio (OMC) el mandato de estudiar las prácticas anticompetitivas y su interacción con la política comercial. Sin embargo, en la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Cancún en 2003, el derecho de la competencia se suprimió del temario de cuestiones relativas al comercio.

20. Algunos atribuyen el fracaso de este planteamiento a las diferencias en el grado de desarrollo de los distintos regímenes de derecho de la competencia. Los Estados Unidos señalaron que "dado que la mitad de los organismos antitrust del mundo se establecieron hace diez años o menos, y que sigue habiendo grandes discrepancias entre dichos organismos en lo que respecta a los principios por los que debe regirse la aplicación de la legislación antitrust, creemos que tratar de lograr la uniformidad a toda costa daría lugar a una aplicación al nivel del mínimo común denominador"³.

21. Siete años después, pese a los instrumentos de cooperación existentes, esas discrepancias continúan siendo muy reales en muchos aspectos, aunque menos pronunciadas. Muchos países siguen careciendo de leyes sobre la competencia o se encuentran en las primeras etapas de su elaboración. Otra cuestión que preocupa insistentemente a los países en desarrollo es que la aplicación de esos acuerdos puede conllevar requisitos engorrosos.

22. Si bien la competencia en sí no constituye una parte activa del programa de la OMC, las disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) abordan algunas prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, el AGCS contiene una disposición contra el abuso de los monopolios o los proveedores exclusivos y prevé la celebración de consultas entre los Estados miembros para eliminar las prácticas comerciales que restringen la competencia y, por ende, limitan el comercio de servicios. En el Acuerdo sobre los ADPIC se reconoce que ciertas condiciones relativas a la concesión de licencias pueden ser anticompetitivas y se dice que, en determinadas circunstancias, los gobiernos pueden tomar medidas contra la concesión de licencias en condiciones anticompetitivas que constituya un abuso de los derechos de propiedad intelectual.

C. Cooperación bilateral

23. Uno de los primeros acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación del derecho de la competencia fue el celebrado entre los Estados Unidos y Alemania en 1976. En la actualidad existen acuerdos bilaterales entre un gran número de países, que se inspiran en los principios de cortesía positiva y cooperación promulgados por la OCDE. Por lo general este tipo de acuerdos prevé el establecimiento de una cooperación cuando

³ Asociación de Abogados Americanos, Sección de Derecho Administrativo, reunión de otoño, 2004.

cualquiera de las partes tenga conocimiento de que sus medidas de aplicación pueden afectar a los intereses de la otra parte. También se suele convenir en intercambiar información, coordinar las medidas de aplicación y tener en cuenta los intereses importantes de la otra parte al adoptar dichas medidas. Además, los acuerdos siempre contienen limitaciones al intercambio de información confidencial, que a veces pueden evitarse si las partes otorgan a las autoridades exenciones que permiten el intercambio de información confidencial.

24. Los acuerdos bilaterales de segunda generación que permiten el intercambio de información confidencial surgieron más tarde. Como ejemplo cabe citar el Acuerdo de asistencia mutua en la aplicación de las disposiciones antitrust firmado en 1999 entre los Estados Unidos y Australia. Este acuerdo de cooperación prevé una amplia asistencia recíproca de los dos países en la aplicación de esas disposiciones, por ejemplo en la divulgación, el intercambio y el examen de información, la toma de declaraciones individuales y la ejecución de registros e incautaciones.

25. Otro ejemplo es el acuerdo entre el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia. El acuerdo permite el intercambio de información confidencial y obliga a ambos organismos a mantener la confidencialidad de la información compartida y a usarla únicamente a los efectos de la aplicación del derecho de la competencia. Además, los organismos están obligados a no revelar ni divulgar esa información a terceros y están sujetos a responsabilidad mutua por el uso indebido de la información.

26. Los memorandos de entendimiento no vinculantes también son cada vez más frecuentes y suelen aplicarse a situaciones en que se ve afectado el comercio entre los Estados partes. Turquía, por ejemplo, ha firmado ocho memorandos, basados en el consentimiento mutuo, la voluntad y la determinación de las partes, con el fin de fomentar la cooperación mediante el intercambio de información no confidencial y la celebración de reuniones. El organismo regulador de la competencia de Turquía ha señalado que el atractivo de los memorandos de entendimiento radica en la mayor flexibilidad que se deriva de su carácter no vinculante, aunque oficial.

27. Los países también incluyen disposiciones sobre la cooperación en materia de competencia en los acuerdos de libre comercio. La UE ha mostrado interés en incorporar disposiciones más estrictas sobre la competencia en la nueva generación de acuerdos de libre comercio que se están negociando actualmente, y remite al acuerdo firmado con Corea en 2009 como ejemplo de ese tipo de disposiciones. Zambia también ha establecido un protocolo comercial conjunto con su vecino, Zimbabwe, para el intercambio de información en los casos de competencia, lo que ha dado lugar a una cooperación sustancial en casos concretos. Del mismo modo, los países suelen colaborar mediante tratados de asistencia judicial recíproca como el existente entre los Estados Unidos y el Canadá, que prevé el intercambio de información en las investigaciones antitrust de carácter penal.

28. En general, los organismos reguladores de la competencia valoran los acuerdos bilaterales como instrumento de cooperación para regular las prácticas anticompetitivas transnacionales. Se considera que esos acuerdos evitan la duplicación de las investigaciones y las medidas de aplicación y garantizan la debida atribución de la responsabilidad primordial por las prácticas anticompetitivas que afectan a ambas partes.

29. Algunos países en desarrollo han considerado particularmente beneficiosas las disposiciones de cooperación técnica incluidas en los acuerdos bilaterales. La Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial de Indonesia ha señalado que ha firmado un acuerdo bilateral con la Comisión de Comercio Equitativo del Japón en el marco de la cooperación económica bilateral más amplia existente entre ambos países. Esa prestación

de asistencia técnica incluye la puesta en marcha por la Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial de un nuevo programa de fomento de la capacidad de tres años de duración, junto con la Comisión de Comercio Equitativo del Japón.

30. Pese a estas ventajas, los acuerdos bilaterales no pueden por sí solos resolver los problemas relacionados con la regulación de las actividades anticompetitivas transnacionales que afectan a múltiples jurisdicciones. Tienen la clara limitación de que afectan únicamente a las dos partes que los firman y, aunque la existencia de una red de acuerdos de ese tipo puede ayudar, no permiten abordar adecuadamente los efectos multinacionales de algunas prácticas anticompetitivas.

31. El hecho de que la mayoría de los acuerdos se limiten al intercambio de información no confidencial puede ser una desventaja importante. En los casos en que la información confidencial existente en una jurisdicción extranjera es decisiva, esa restricción es un problema. Si bien algunos organismos reguladores de la competencia han reconocido que se requieren mejoras a este respecto, también han recordado que, dada la amplitud del concepto de información no confidencial, la imposibilidad de intercambiar información confidencial no elimina del todo la utilidad de la cooperación.

32. Además, la mayoría de los acuerdos bilaterales han sido concertados entre países desarrollados. Ello se debe, entre otras cosas, a que los países desarrollados centran su atención en aquellos países cuyas actividades comerciales puedan afectar a sus mercados. Es menos probable que las empresas de las economías más pequeñas tengan ese alcance internacional. Las discrepancias en el nivel de desarrollo de los regímenes de competencia también suelen influir en las condiciones de los acuerdos bilaterales, así como en su aplicación *de facto*. Por ejemplo, la Comisión de Supervisión de la Competencia Comercial ha señalado que la negociación del acuerdo bilateral que suscribió con la Comisión de Comercio Equitativo del Japón fue larga y difícil y que fue necesario limitar su alcance para que no contemplara la aplicación conjunta del derecho de la competencia, a fin de tener en cuenta los diferentes niveles de desarrollo de los dos países.

33. Estas discrepancias indican que los países más avanzados, que poseen más recursos y experiencia, pueden aprovechar mejor los beneficios que aporta la mayor cooperación, mientras que los sistemas menos avanzados se benefician de diferentes maneras, por ejemplo gracias a las disposiciones que prevén el intercambio de información no confidencial y la cooperación técnica.

D. Acuerdos regionales y comunitarios

34. Otro enfoque adoptado para hacer frente a los efectos de las actividades anticompetitivas transnacionales ha sido el de aunar esfuerzos para regular la competencia con otros países ubicados en una región geográfica similar. Esto permite en teoría combatir de manera más eficiente y eficaz las prácticas anticompetitivas que afectan a varios países de una determinada región. Más concretamente, suele considerarse que los acuerdos regionales de aplicación de las disposiciones sobre competencia encajan bien en la cooperación económica más amplia entre los países y complementan las políticas comerciales.

35. En la actualidad hay varios acuerdos regionales que incorporan disposiciones sobre la competencia, no todos con el mismo éxito. Un ejemplo de buen funcionamiento es el de la UE y su Red Europea de Competencia, que fue creada en 2004 y está integrada por los organismos reguladores de la competencia de los Estados miembros de la UE, que cooperan para aplicar las normas de la UE en materia de competencia.

36. El reglamento de la UE relativo a la aplicación de las normas sobre competencia contiene disposiciones detalladas acerca de la cooperación. Establece un nivel mínimo de cooperación, pero deja cierto margen discrecional a las autoridades para que puedan emplear otras formas de cooperación. El reglamento prevé que los miembros de la Red Europea de Competencia intercambien información, inclusive información confidencial, para la aplicación de las normas sobre competencia comunitarias. Además, se establecen normas muy específicas en relación con la notificación, la prestación a la CE de asistencia para la investigación cuando sea necesario y el uso de la información intercambiada.

37. La Red Europea de Competencia es un sistema complejo y no está exento de limitaciones. Por ejemplo, subsisten los problemas asociados a las diferencias entre las normas nacionales sustantivas y de procedimiento en materia de competencia, incluso cuando se trata de Estados miembros de la UE relativamente similares, en particular con respecto a las sanciones o la existencia de programas de indulgencia.

38. Los países nórdicos (Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia) también han firmado un acuerdo de cooperación en materia de competencia. Los Estados han acordado que cada uno de ellos informará a los demás Estados cuando tenga conocimiento de un problema de competencia que afecte a su derecho de la competencia. Se permite el intercambio de información confidencial a condición de que esta sea tratada de manera confidencial por el Estado receptor, se utilice exclusivamente para la aplicación del derecho de la competencia y no se transmita a un tercero sin el consentimiento expreso previo del Estado que la haya facilitado.

39. Otra de las organizaciones regionales que ha fomentado activamente la cooperación en la aplicación del derecho de la competencia es la Comunidad de Estados Independientes, integrada por las antiguas repúblicas soviéticas. La plataforma básica de interacción de las autoridades antimonopolio de la Comunidad es el Consejo Interestatal sobre Política Antimonopolio. Recientemente, el Consejo ha ampliado la cooperación dentro de la Comunidad mediante una serie de investigaciones conjuntas de los mercados interregionales, que ha requerido la coordinación de los distintos Estados participantes para determinar el alcance de las investigaciones, reunir información y realizar inspecciones simultáneas.

40. Hay otros acuerdos regionales, como la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), la Comunidad del Caribe, el Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC), el Grupo Andino, la Secretaría del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, la Unión Aduanera del África Meridional y la Unión Económica y Monetaria del África Occidental. Sin embargo, estos acuerdos no han tenido el mismo éxito en la cooperación para la aplicación de las disposiciones sobre competencia, al no haber en esas regiones tanta cohesión política ni tantos recursos como en la agrupación regional de la UE.

41. En algunos de estos grupos se han hecho avances alentadores que auguran un mayor nivel de cohesión en los próximos años. Por ejemplo, en 2010 la ASEAN adoptó las Directrices regionales sobre política de la competencia y publicó el *Handbook on Competition Policy and Law in ASEAN for Businesses* (Manual para empresas sobre el derecho y la política de la competencia en la ASEAN). Además, en 2009 el COMESA puso en marcha una comisión regional de competencia para promover la competencia leal entre todos los Estados miembros del mercado común.

42. Los Estados miembros de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo se han comprometido a "tratar de cooperar en casos específicos, en la medida en que ello sea compatible con las leyes, los reglamentos y los intereses comunes importantes de cada miembro, en la prevención de los cárteles intrínsecamente nocivos, el abuso de posición

dominante, las fusiones anticompetitivas y las conductas unilaterales". La Declaración de la SADC también hace hincapié en la necesidad de "establecer un sistema de cooperación entre los regímenes nacionales que aproveche las iniciativas colectivas de las autoridades nacionales competentes y agregue valor a las iniciativas nacionales de aplicación para afrontar los problemas que afectan a varios países"⁴.

43. El éxito de la Red Europea de Competencia puede servir de ejemplo a otros grupos regionales. No obstante, también sirve para destacar que la armonización de las normas sustantivas es necesaria, pero no suficiente, para reducir los obstáculos reglamentarios y la incertidumbre. También desempeñan un papel importante las normas de procedimiento y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Fabricantes de cerveza africanos: el valor de la cooperación regional

En 2001, SABMiller, la segunda empresa cervecera más importante del mundo, y Castel, un grupo de elaboración de bebidas con sede en París, formaron una alianza en África para proteger las zonas preferidas de cada grupo. SABMiller adquirió una participación del 20% en la división cervecera de Castel y Castel adquirió una participación del 38% en SABI Africa, una filial de SABMiller. Así, Castel pasaba a distribuir marcas de SABMiller en unos 15 países de África occidental y central en los que tenía una posición dominante y SABMiller hacía lo propio con marcas de Castel en países de África meridional y oriental (salvo Sudáfrica).

El acuerdo de reparto de mercado entre SABMiller y Castel garantizaba que no tendrían que competir entre sí, lo que, en última instancia, reducía las opciones de los consumidores y su bienestar. A la pregunta de si el acuerdo creaba monopolios nacionales, el director del departamento de comunicaciones de SABMiller respondió: "Este acuerdo nos ha permitido crear oportunidades. Puede haber leyes antitrust a nivel nacional, pero no hay ninguna para el continente. No veo cuál es el problema".

Esto indica que las empresas multinacionales de países desarrollados y en desarrollo están realizando transacciones que reducen claramente la competencia entre ellas, lo que a menudo implica prácticas transnacionales que infringen las leyes de competencia de sus países de origen. Una ley de competencia regional eficaz para todos los países africanos podría contribuir enormemente a evitar acuerdos como la alianza entre SABMiller y Castel. A falta de ello, una mayor cooperación entre los países basada en el principio de cortesía ayudaría a los organismos reguladores de la competencia nacionales a obtener información, realizar investigaciones eficaces y evitar dichas transacciones.

E. Instrumentos jurídicos no vinculantes, redes, acuerdos de cooperación y entendimientos officiosos

44. Los principios no vinculantes y las actividades de cooperación officiosas son quizá actualmente la forma más utilizada de cooperación en materia de competencia. Por ejemplo, la UE ha señalado que para establecer una cooperación no se necesita un acuerdo de cooperación oficial, y que el hecho de no tenerlo no significa que las autoridades desconozcan el funcionamiento de otras jurisdicciones.

⁴ Declaración de la SADC sobre la cooperación regional en materia de políticas de competencia y protección del consumidor.

1. Directrices de la OCDE

45. Tal vez el primer conjunto importante de instrumentos jurídicos no vinculantes destinados a fomentar la cooperación emanó de la OCDE. Como se mencionó anteriormente, esos principios han influido en la elaboración y el contenido de la mayoría de los acuerdos bilaterales (véase el párrafo 24).

46. En un comienzo, debido a su restringido número de miembros, la OCDE tenía una influencia limitada en el resto del mundo. Para tratar de subsanar este hecho, en 2001 la OCDE estableció el Foro Mundial de la Competencia con el fin de crear oportunidades de diálogo sobre políticas entre sus países miembros y las economías no pertenecientes a la Organización.

47. Según las respuestas al cuestionario utilizado para preparar el presente informe, uno de los principales obstáculos a la cooperación ha sido la renuencia a intercambiar información confidencial. Para abordar la cuestión del intercambio de información confidencial, podría ser de utilidad volver a examinar las prácticas óptimas recomendadas por la OCDE en 2005 para el intercambio oficial de información entre organismos reguladores de la competencia en las investigaciones de cárteles intrínsecamente nocivos. En esta guía se alienta a los países miembros a que, por lo general, hagan lo posible para apoyar un intercambio de información eficaz y oportuno a fin de no imponer cargas indebidas a los organismos reguladores de la competencia. No obstante, también se reconoce la realidad de la soberanía del Estado y se señala que incumbe a cada país decidir si accede o no a las solicitudes que recibe. La guía sugiere prácticas óptimas para ese intercambio, entre ellas las siguientes:

- Tanto los Estados que solicitan información como los que reciben dicha solicitud deben contar con disposiciones que prevean salvaguardias adecuadas para proteger la confidencialidad de la información intercambiada;
- Deben establecerse salvaguardias para evitar comprometer los programas de amnistía o indulgencia, así como los intereses de los informantes y el secreto profesional;
- Los países miembros deben garantizar la transparencia en la medida de lo posible, dando a conocer sus leyes y reglamentos relativos al intercambio de información.

2. Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de la UNCTAD

48. Dado que el número de Estados miembros de la UNCTAD no está restringido, el Conjunto de Principios y Normas Equitativos de las Naciones Unidas Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas (el Conjunto), negociado bajo los auspicios de la UNCTAD, es el único instrumento de este tipo acordado multilateralmente. Al igual que las recomendaciones de la OCDE, el Conjunto da prioridad a la cooperación para controlar eficazmente las prácticas anticompetitivas que afectan al comercio internacional. Además de las disposiciones relativas a la cooperación a través de la notificación, el intercambio de información y la prestación de asistencia en las investigaciones, entre otras cosas, el Conjunto pone de relieve la necesidad de que los países desarrollados tengan en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados (art. C).

49. En la sección F del Conjunto se ofrecen los servicios de la UNCTAD como foro para la celebración de consultas sobre cooperación en materia de competencia, en particular cuando uno de los países sea un país en desarrollo. Se alienta a los Estados a que concedan plena atención a las peticiones de consulta realizadas bajo los auspicios de la UNCTAD. Hasta ahora no se ha hecho uso de esta disposición. No obstante, en la reciente Sexta

Conferencia encargada de examinar el Conjunto, organizada por la UNCTAD, los delegados estudiaron el contenido de la sección F y señalaron que era una opción valiosa en el repertorio de instrumentos de cooperación de que disponían los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo.

50. En virtud de su mandato (secc. G), la UNCTAD tiene la obligación de organizar reuniones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos para la celebración de discusiones y cambios de impresiones entre los Estados sobre cuestiones relacionadas con el Conjunto, así como de efectuar estudios e investigaciones sobre las prácticas comerciales restrictivas y difundir sus resultados. Además, la UNCTAD celebra conferencias cada cinco años para examinar el Conjunto y estudiar propuestas para su mejora y desarrollo. La UNCTAD también lleva a cabo una importante labor de fomento de la capacidad y asistencia técnica para los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo.

3. Comité asesor en materia de política internacional de la competencia

51. La última Conferencia encargada de examinar el Conjunto, que coincidió con el 30º aniversario de este y contó con una amplia participación, fue calificada por muchos organismos reguladores de la competencia y otras organizaciones internacionales de valioso foro para el intercambio de experiencias. En 1997, el Fiscal General de los Estados Unidos creó el Comité asesor en materia de políticas internacionales de la competencia para examinar, entre otras cosas, las cuestiones y los problemas asociados a los exámenes de las fusiones entre múltiples jurisdicciones. El Comité asesor publicó su informe, en el que formuló numerosas recomendaciones para eliminar los costos de transacción innecesarios que pueden recaer en las empresas cuando una transacción es objeto de múltiples controles⁵.

4. Red Internacional para la Competencia

52. La Red Internacional para la Competencia es una red oficiosa integrada por 112 de los organismos reguladores de la competencia existentes en el mundo, que se dedica a solucionar problemas prácticos relacionados con la aplicación de las disposiciones y políticas relativas a la competencia. La Red, en colaboración con asesores no gubernamentales de los grupos empresariales y de consumidores, académicos y profesionales del ámbito jurídico y económico, elabora proyectos consensuados para mejorar la convergencia y la cooperación internacionales.

53. El creciente número de miembros de la Red Internacional para la Competencia indica la valía de su labor para los organismos reguladores de la competencia. Ha realizado importantes trabajos, elaborando prácticas recomendadas, manuales para la tramitación de casos y la aplicación, informes y modelos de las leyes y normas de las distintas jurisdicciones. Al igual que la UNCTAD, la Red Internacional para la Competencia admite un número ilimitado de miembros, y celebra reuniones periódicas y talleres que ofrecen otro foro para el intercambio de experiencias y de prácticas óptimas y pertinentes.

5. Actividades de asistencia técnica y fomento de la capacidad

54. Todas las organizaciones antes mencionadas realizan actividades de asistencia técnica y fomento de la capacidad para ayudar a los países en desarrollo a crear y mejorar sus organismos reguladores de la competencia. Se ofrece a los Estados asistencia técnica y fomento de la capacidad para casos específicos de competencia, así como formación y asesoramiento normativo más generales. Esto reviste particular importancia para los países

⁵ Véase <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> (Informe del Comité asesor).

en desarrollo y los organismos reguladores de la competencia de reciente establecimiento, que reciben orientación y apoyo para crear las instituciones de la competencia, lo que incluye desde la elaboración de leyes y directrices hasta asistencia para su aplicación. Posteriormente, estas experiencias pueden dar lugar a la cooperación.

6. Limitación de los instrumentos jurídicos no vinculantes y las actividades de cooperación oficiosas

55. La limitación más clara de los instrumentos jurídicos no vinculantes y la cooperación oficiosa es que se trata de iniciativas basadas en "el máximo empeño". Esto también puede considerarse una ventaja, porque proporciona cierto grado de flexibilidad que resulta atractivo para todos los Estados que deben tener en cuenta múltiples consideraciones programáticas y políticas. Con la proliferación de las leyes y políticas de la competencia, la desconfianza reinante en años anteriores ha dejado paso a una promoción y participación activas de la mayoría de los Estados. La amplia participación en la última Conferencia encargada del examen del Conjunto, organizada por la UNCTAD, demuestra la importancia del derecho y la política de la competencia en la agenda mundial. Así pues, el problema del carácter no vinculante no es tan grave como lo habría sido hace solo 20 años, cuando la adhesión a los valores de la competencia no era tan generalizada.

II. Cooperación en casos específicos: cárteles y fusiones

A. Cárteles

56. Los cárteles ilícitos son acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse clientes o mercados y reducir la producción. Se consideran el "mal supremo del *antitrust*" y, cuando se constituyen a nivel internacional, tienen efectos de largo alcance. Los estudios han demostrado que los cárteles internacionales afectan de manera particularmente significativa a los países en desarrollo. Por ejemplo, se estima que, solo en 1997, el valor de los efectos conocidos de los cárteles internacionales ascendió a 51.100 millones de dólares de los Estados Unidos, cifra superior a los 39.400 millones de dólares recibidos por los países en desarrollo ese año en concepto de ayuda extranjera⁶.

57. En lo que respecta a los cárteles internacionales en particular, la cooperación entre diferentes organismos reguladores puede tener varias ventajas. En primer lugar, un organismo puede avisar a otro de la existencia de un cártel en su jurisdicción. En segundo lugar, un organismo puede acceder a retrasar la recopilación de información para no alertar a los integrantes de un cártel ni darles tiempo para destruir pruebas antes de que intervenga un segundo organismo. En tercer lugar, como se ha destacado anteriormente, la cooperación puede mejorar la eficacia y la eficiencia de los intercambios de información y permite a los organismos acceder a pruebas que se encuentran fuera de su propio territorio. Por último, al fomentar la planificación estratégica conjunta, la cooperación entre organismos ayuda a que las investigaciones de los cárteles se desarrollen con menos complicaciones.

58. A través de las directrices elaboradas por su grupo de trabajo sobre los cárteles, como el *Anti-Cartel Enforcement Manual* (Manual de lucha contra los cárteles), la Red Internacional para la Competencia fomenta indirectamente la convergencia de los procedimientos y normas, lo que permite crear un marco internacional para la competencia

⁶ Véase Levenstein y Suslow, 2004, "Contemporary International Cartels and Developing Countries Economic Effects and Implications for Competition Policy", *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pág. 801.

más propicio a la cooperación⁷. El informe de la Conferencia sobre cooperación entre organismos reguladores de la competencia en las investigaciones de cárteles, elaborado por la Red Internacional para la Competencia, arroja luz sobre las prácticas de cooperación específicas aplicadas por los Estados miembros de la Red en las diferentes fases de las investigaciones, a saber:

1. Fase anterior a la investigación

- Intercambio de pistas e información de antecedentes sobre el sector y los actores pertinentes;
- Notificación de las medidas iniciales de investigación que pueden facilitar posteriores solicitudes de asistencia en la investigación;
- Coordinación en los registros, redadas o inspecciones e interrogatorios.

2. Fase de investigación

- Intercambio de información sobre la situación del procedimiento;
- Evaluación o examen conjunto del fondo del asunto;
- Coordinación para la obtención de documentación de las empresas cuando dicha documentación obra en poder de filiales extranjeras.

3. Fase posterior a la investigación y de reparación

- Coordinación con otros organismos para la presentación de cargos;
- Notificación de las declaraciones de culpabilidad y condenas de empresas extranjeras a los organismos extranjeros correspondientes;
- Adopción de decisiones en los casos que también están siendo investigados en otras jurisdicciones.

59. Partiendo de los casos y las experiencias de diversos países, en este capítulo se intenta poner de relieve los métodos específicos de cooperación internacional utilizados para luchar contra los cárteles y describir los retos pendientes.

B. Cooperación en casos específicos

60. En el último decenio ha aumentado la cooperación para luchar contra casos específicos de cárteles internacionales. La CE, por ejemplo, coopera con otros organismos en aproximadamente el 31% de las investigaciones de cárteles. Sin embargo, debido a la existencia de pautas distintas, la cooperación entre los organismos para luchar contra los cárteles no es óptima. A continuación se describen algunas investigaciones de cárteles internacionales en las que hubo coordinación a nivel internacional.

1. Cártel de las vitaminas: 1990-1999

61. Durante gran parte de los años noventa, los mayores productores mundiales de vitaminas, es decir, Hoffman-La Roche AG, BASF AG, Aventis S. A., Merck KgA y Solvay Pharmaceuticals, constituyeron un cártel de reparto de mercados. Los productores conspiraron para subir y fijar los precios y repartirse cuotas de mercado para algunas vitaminas vendidas en todo el mundo. Así se suprimió la competencia en el mercado y,

⁷ Véase el *Manual de lucha contra los cárteles de la Red Internacional para la Competencia*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>.

durante ese período, los consumidores pagaron precios artificialmente más altos por las vitaminas A, B2, B5, C y E y el betacaroteno.

62. Este caso impulsó un gran avance en la coordinación de la aplicación fuera de los Estados Unidos. Al menos otras ocho jurisdicciones (Canadá, UE, Suiza, Japón, Australia, Nueva Zelandia, Brasil y México) iniciaron investigaciones *antitrust* oficiales sobre la fijación de precios. La Oficina Canadiense de la Competencia, en particular, pudo llevar a cabo su investigación con éxito gracias a sus acuerdos de cooperación de larga data y a sus años de coordinación efectiva con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en la lucha contra los cárteles.

2. Pantallas de cristal líquido: 2001-2006

63. Este fue un cártel de fijación de precios entre los principales productores de pantallas planas: LG Display, de la República de Corea; Sharp, del Japón; y Chunghwa Picture Tubes, de la Provincia china de Taiwán. El cártel fue investigado y multado por los organismos reguladores de la competencia de tres continentes. La investigación fue un esfuerzo coordinado de los organismos reguladores de la competencia de Europa, Asia y América del Norte.

3. Mangueras marinas: 1986-2007

64. La investigación y el enjuiciamiento del cártel de las mangueras marinas fueron también el resultado de una operación internacional coordinada. Las autoridades de los Estados Unidos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la UE, la República de Corea y el Japón investigaron conjuntamente el cártel, consistente en un acuerdo para manipular las licitaciones, fijar los precios y conspirar para repartirse el mercado a nivel mundial entre los ejecutivos de varias empresas productoras de mangueras marinas utilizadas para transportar petróleo. Las autoridades de los Estados Unidos y la UE realizaron registros simultáneos en distintos lugares del mundo.

4. Cártel de las líneas aéreas: 1999-2006

65. Volviendo al caso mencionado al principio del presente informe, la última investigación internacional a gran escala de un cártel ha sido la del cártel de las líneas aéreas. Aún se están llevando a cabo investigaciones de gran alcance en tres continentes. Una vez más, la coordinación contribuyó enormemente al éxito de las investigaciones, como también lo hizo la mayor convergencia de las normas y procedimientos previstos en los ordenamientos jurídicos de las jurisdicciones implicadas.

66. Estos casos reflejan la voluntad común de los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo de luchar contra los cárteles internacionales y establecer relaciones de cooperación entre sí. Sin embargo, también indican la necesidad de mejorar varios elementos, como, por citar solo algunos ejemplos, las divergencias de procedimiento en las disposiciones sustantivas de los distintos regímenes, la falta de garantías de confidencialidad, la falta de uniformidad en la cooperación entre organismos, los obstáculos legales a la facilitación de información confidencial, las restricciones a la admisibilidad de las pruebas obtenidas en el marco de iniciativas de cooperación y el riesgo de que la información intercambiada haya sido alterada por el organismo regulador de la competencia que la facilita.

67. Por ejemplo, en el caso de las vitaminas, los acuerdos de indulgencia de los Estados Unidos y la CE les impidieron compartir con otros organismos reguladores de la competencia información esencial facilitada por los solicitantes de indulgencia durante sus investigaciones, lo que supuso un gran problema para la investigación brasileña. No obstante, las autoridades brasileñas contaron con una estrecha cooperación oficiosa de sus

homólogos del Canadá, quienes les indicaron qué debían investigar exactamente, lo que demuestra la eficacia de las redes oficiosas, incluso cuando no hay acuerdos de cooperación oficial.

68. Esta situación también pone de relieve las dificultades con que se tropieza en la cooperación para la aplicación cuando hay diferentes disposiciones sustantivas en distintas jurisdicciones. En ese momento, el Brasil no tenía un programa de indulgencia, por lo que no pudo obtener el mismo nivel de cooperación de los integrantes del cártel que otras jurisdicciones.

69. Por otra parte, la Comisión de Comercio Equitativo del Japón considera que su investigación del caso de las vitaminas fue un fracaso, ya que no pudo tomar medidas legales estrictas ni imponer ninguna multa debido a las dificultades para obtener información, y solo pudo dictar orientaciones administrativas en que pidió a las empresas afectadas que no incurrieran en esas prácticas en el futuro. La Comisión atribuyó ese fracaso en parte a la inexistencia de un programa de indulgencia. Como en el caso del Brasil, ello limitó su capacidad de obtener información para investigar adecuadamente el cártel, lo que, de paso, pone de relieve la falta de cooperación entre la Comisión de Comercio Equitativo del Japón y las autoridades de los Estados Unidos y la UE, dado que no se intercambió información.

70. Otro aspecto destacable del caso de las vitaminas es que, con las excepciones del Brasil, México y Lituania, no hubo juicios en Europa central y oriental, Asia, África ni América Latina. Esta es una pauta que no ha variado mucho en los casos más recientes detallados anteriormente. Estudios realizados por la OCDE en 2001 muestran que en las investigaciones de cárteles apenas hay cooperación entre los Estados miembros de la OCDE y los países no pertenecientes a la organización, muchos de los cuales son, por supuesto, países en desarrollo. Las autoridades *antitrust* de los Estados Unidos señalaron en su respuesta al cuestionario que, pese a que en sus sitios web oficiales aparece toda la información de contacto del personal del Departamento de Justicia, sigue siendo extraordinariamente poco frecuente que los países en desarrollo soliciten cooperación o asistencia para casos específicos.

71. Se han aducido diversas razones para explicar esa falta de cooperación de los países en desarrollo; entre ellas cabe mencionar la relativa inexperiencia de los organismos reguladores de la competencia de esos países, la escasa atención prestada a la actividad de los cárteles y la inexistencia de relaciones bilaterales o multilaterales con otras jurisdicciones. Además, para los países en desarrollo, la cooperación puede complicar aún más la tarea ya compleja de investigar los cárteles. El examen de la información para responder a las prescripciones legales de cada país es una tarea compleja y costosa, especialmente para los países que carecen de una estructura administrativa sólida.

72. Cualesquiera que sean las razones, lo cierto es que los cárteles internacionales como el de las vitaminas producen más daños —debido a los recargos— en las economías que no cuentan con un régimen activo de lucha contra los cárteles (véase un claro ejemplo de ello en el recuadro 1). En la reciente reunión del Foro Mundial de la Competencia de la OCDE se indicó que los países pequeños o en desarrollo podían evitar las dificultades y los gastos adicionales asociados a la investigación de los cárteles internacionales sumándose a las investigaciones de los organismos más avanzados.

5. Cooperación e indulgencia

73. En el contexto de las investigaciones de cárteles, se entiende por indulgencia o amnistía la práctica de reducir o eliminar las sanciones y multas impuestas en el marco de una investigación de un cártel a las partes que primero denuncien ante el organismo regulador de la competencia la existencia del cártel y cooperen después plenamente con él.

Como se demostró en el caso del cártel de las vitaminas, entre otros, la indulgencia es un instrumento eficaz para la detección de cárteles, fomenta una mayor cooperación de los solicitantes y facilita el acceso a información importante.

74. Del examen de los resúmenes de casos de cárteles mencionados se desprende que la mayor coordinación y cooperación entre organismos ha dado lugar también a una convergencia en los programas de indulgencia. Muchos países de todo el mundo han seguido el modelo de los Estados Unidos en la elaboración de dichos programas. Por ejemplo, el Japón, Australia, el Brasil, el Canadá, Alemania, Irlanda, la República de Corea y el Reino Unido han anunciado en los últimos años la creación o revisión de sus programas de indulgencia, y muchos otros países están haciendo otro tanto. Este hecho es quizá uno de los factores que más ha contribuido a impulsar la cooperación entre organismos, en particular cuando ha habido exenciones del requisito de la confidencialidad por parte de los solicitantes de indulgencia.

75. Sin embargo, el carácter internacional de muchos cárteles hoy en día hace que los solicitantes puedan no estar dispuestos a presentarse si no hay coherencia entre los programas de indulgencia de las distintas jurisdicciones. Hansen⁸ destaca los diversos problemas con que se enfrentan los solicitantes de indulgencia, que pueden disuadirlos de cooperar y obstaculizar también la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia. Se trata, entre otros, de los siguientes:

- Los diferentes plazos de las fases de investigación;
- Los diferentes requisitos relativos al indicador y al solicitante de indulgencia e inmunidad;
- El diferente alcance de los procedimientos y, a su vez, de las normas para la concesión de indulgencia e inmunidad;
- Las filtraciones de jurisdicciones que tienen programas de indulgencia a otras que no los tienen;
- El riesgo de que las pruebas se filtren a terceros, por ejemplo a los demandantes;
- La dificultad para conciliar las peticiones a los testigos;
- La imposibilidad de cumplir la exigencia de estricta confidencialidad en los regímenes de indulgencia (como el de la UE);
- Las limitaciones jurídicas nacionales impuestas a las autoridades.

76. Las iniciativas encaminadas a promover las solicitudes de indulgencia múltiples y obtener de los solicitantes exenciones que permitan a los organismos comparar la información de las solicitudes contribuirá en cierta medida a solucionar estos problemas. Naturalmente, esta solución se ve limitada cuando hay diferencias fundamentales en la cultura jurídica de los regímenes, por ejemplo con respecto a las normas relativas a la confidencialidad y las peticiones de pruebas en los tribunales.

C. Fusiones

77. La proliferación mundial de los regímenes de control de las fusiones tiene la ventaja de que mejora la vigilancia de las actividades de fusión, lo que a su vez permite reducir la concentración en los mercados, que puede menoscabar el desempeño económico y el bienestar de los consumidores. Sin embargo, si no hay cooperación entre los organismos

⁸ Véase la presentación realizada por Hansen en el Centro de Comercio Equitativo de Tokio en 2010: <http://www.lw.com/upload/attorneyBios/upload/docs/doc112.pdf>.

reguladores de la competencia, esa proliferación acarrea importantes desventajas. Desde una perspectiva empresarial, la aprobación de las fusiones es un proceso que aumenta la complejidad, la incertidumbre jurídica y los costos. Así ocurre, en particular, cuando varias notificaciones de fusión a diferentes jurisdicciones tienen diferentes niveles de activación y examen —o aprobación final— y diferentes plazos. Desde la perspectiva de los organismos reguladores de la competencia, una transacción puede generar decisiones incompatibles o contradictorias. La importancia de la cooperación en la regulación de las fusiones transfronterizas ha sido puesta de relieve tanto por los países desarrollados como por los países en desarrollo⁹.

78. En un comienzo, la cooperación para el examen de las fusiones internacionales se concentró en los Estados Unidos y la UE, pero ahora su práctica se ha extendido. Una vez más, la Red Internacional para la Competencia ha fomentado la convergencia a través de su Grupo de trabajo sobre las fusiones¹⁰. Parisi¹¹, del Departamento de Justicia estadounidense, aclara el tipo de actividades de cooperación que llevan a cabo las autoridades de los Estados Unidos y la CE cuando examinan solicitudes de fusión que afectan a los mercados de ambas jurisdicciones. Sus observaciones ponen de relieve los siguientes aspectos interesantes.

1. Fase anterior a la notificación

79. Por lo general, cuando aparece una noticia en la prensa sobre una posible fusión, los organismos de los Estados Unidos y la UE se ponen en contacto para alertarse mutuamente de la posibilidad de que se efectúe un examen de la fusión a fin de determinar si pueden tener jurisdicción. Después de contactar a las partes de la fusión, el personal de los organismos reguladores normalmente averigua si se han realizado notificaciones en otras jurisdicciones y alienta a las partes a que consideren la posibilidad de coordinar dichos exámenes, incluida la exención del requisito de confidencialidad.

2. Fase de investigación

80. Cuando se inicia la investigación de una fusión que puede afectar a un interés extranjero, el organismo estadounidense da notificación oficial de ello a los gobiernos de la parte o las partes afectadas, con arreglo a lo dispuesto en las recomendaciones de la OCDE o en los acuerdos bilaterales que estén en vigor. Una vez establecida la comunicación entre los distintos organismos, una de las primeras prioridades es determinar el calendario, lo que puede resultar complicado cuando hay diferentes normas de procedimiento. Por ejemplo, mientras la reglamentación comunitaria relativa a las fusiones estipula un calendario basado en la notificación, las normas de procedimiento de los Estados Unidos prevén un calendario indefinido después de la emisión de una segunda solicitud.

81. En cuanto al análisis sustantivo, el personal de los organismos reguladores intercambia sus análisis para determinar los mercados pertinentes. Dicha determinación se basa más en conclusiones provisionales sobre el ámbito de los mercados pertinentes que en pruebas concretas. En la práctica, los Estados Unidos y la CE adoptan un enfoque similar de la definición de mercado. En lo que respecta al intercambio de información, las

⁹ Véanse, por ejemplo, las contribuciones de los países a la mesa redonda dedicada al tema del control de las fusiones transnacionales y los desafíos que plantea para los países en desarrollo y las economías emergentes, organizada durante el décimo Foro Mundial de la Competencia celebrado en 2011 por la OCDE, http://www.oecd.org/document/52/0,3746,en_2649_37463_46076788_1_1_1_37463,00.html.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* (Prácticas recomendadas para los procedimientos de notificación de concentraciones) de la Red Internacional para la Competencia, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

¹¹ John Parisi, 2010, *Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities*, Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos.

recomendaciones, los acuerdos bilaterales y las prácticas óptimas generales estipulan que los organismos reguladores estadounidenses y de la CE pueden intercambiar cualquier tipo de información siempre que su legislación no lo prohíba, y que cada organismo debe mantener la confidencialidad de la información recibida del otro.

82. El acuerdo entre la CE y los Estados Unidos prevé el intercambio de la siguiente información entre los organismos:

- Información de dominio público;
- Información confidencial cuya divulgación haya sido autorizada por las partes que la hayan facilitado;
- Información confidencial de los organismos reguladores, como la iniciación de la investigación, el calendario del control de la fusión, el método de análisis aplicado por el personal, en particular la determinación del mercado pertinente, la evaluación de los efectos en la competencia y las posibles reparaciones.

83. La información de los organismos reguladores se contrasta con la información confidencial de las empresas, es decir, las notificaciones anteriores a la fusión, las respuestas a las preguntas de la investigación o la identidad de los denunciantes o testigos, entre otras cosas.

3. Determinación de la reparación

84. Los organismos reguladores cooperan, debaten e intercambian ideas sobre las reparaciones, especialmente cuando los efectos anticompetitivos conciernen a ambas jurisdicciones, a fin de evitar conflictos y promover una reparación que satisfaga a cada jurisdicción. En los dos últimos decenios ha habido una importante convergencia entre los Estados Unidos y las autoridades de la UE en relación con las metodologías utilizadas para analizar las fusiones, los instrumentos económicos y econométricos aplicados durante el análisis y el establecimiento de reparaciones.

D. Cooperación en casos específicos

85. A continuación se citan algunos ejemplos de ese tipo de cooperación.

1. WorldCom/MCI y MCI WorldCom/Sprint (1997)

86. En este caso, la CE y los Estados Unidos realizaron investigaciones paralelas. La cooperación consistió en contactos casi a diario entre los equipos dedicados al caso en los organismos reguladores de ambos países, así como en la recopilación coordinada de información, la celebración de reuniones y negociaciones conjuntas con las partes y el examen de las posibles reparaciones. En este caso las partes eximieron a los organismos de la obligación de mantener la confidencialidad, lo que les permitió compartir los resultados de su investigación de mercado, incluidas las comunicaciones de terceros.

2. General Electric/Instrumentarium (2002)

87. En este caso, la CE y los Estados Unidos afirmaron de forma independiente que los mercados del producto eran ligeramente diferentes. Decidieron que debía procederse a la liquidación de una filial con sede en los Estados Unidos. A la hora de establecer las reparaciones, los Estados Unidos y la CE trataron de coordinarse para evitar la imposición de obligaciones contradictorias a las partes. Por ejemplo, el Departamento de Justicia modificó su propuesta de sentencia por transacción para aclarar que consultaría de buena fe a la CE para elegir un síndico común.

3. Alcan/Pechiney (2003)

88. En este caso también hubo cooperación internacional, pero no al mismo nivel; el Departamento de Justicia examinó la investigación con la Comisión Europea y con la Oficina Canadiense de la Competencia. El Departamento de Justicia y las autoridades canadienses entrevistaron conjuntamente a varios clientes, habida cuenta de que la parte compradora (Alcan), algunos consumidores afectados (fabricantes de automóviles y de piezas de automóviles) y al menos un competidor estaban en el Canadá, mientras que los activos de los que era preciso desprenderse estaban en los Estados Unidos. Los canadienses pudieron asegurarse de que la venta ordenada por los Estados Unidos tuviera en cuenta también sus intereses.

4. Cooperación en casos de fusión entre partes distintas de la Unión Europea y los Estados Unidos

89. Ha aumentado también la cooperación en los exámenes de fusiones realizados por organismos de países distintos de los Estados Unidos y los miembros de la UE. Por ejemplo, los organismos reguladores de la competencia de Zambia y Zimbabwe celebraron consultas entre sí y con los organismos reguladores de Australia durante su evaluación de la fusión de Coca-Cola con Schweppes en 1998. Además, los organismos reguladores de Zambia y Zimbabwe celebraron amplias consultas con ocasión de la fusión entre Rothmans of Pall Mall y British American Tobacco (1999) a fin de tomar decisiones adecuadas, dada su proximidad geográfica y económica.

E. Los retos pendientes

90. La experiencia de cooperación entre los Estados Unidos y la CE constituye un valioso ejemplo de las eficiencias que se pueden lograr en el examen de las fusiones transfronterizas. La relación de cooperación entre Australia y Nueva Zelandia es otro ejemplo satisfactorio de cooperación bilateral en el control de las fusiones y el derecho de la competencia en general. Aunque en los últimos veinte años el aumento del nivel de cooperación en el control de las fusiones ha sido notable, la lucha por poner freno a los efectos anticompetitivos de las fusiones, en particular los que tienen una dimensión transfronteriza, aún no terminado. A continuación se citan algunas cuestiones que suscitan preocupación en relación con la situación actual de la cooperación en el control de las fusiones:

- El proceso de cooperación en los casos de fusión es poco transparente, puesto que los detalles específicos de las comunicaciones y la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia no se hacen públicos. Esta cuestión preocupa particularmente a la comunidad empresarial y puede afectar a su voluntad de cooperación.
- Las partes privadas que cooperan y facilitan información no tienen asegurada ninguna ventaja, debido a los riesgos legales asociados a la posibilidad de importantes sanciones, las diferencias entre las leyes sustantivas, las diferencias en los calendarios de la investigación y la posibilidad de que se malinterprete la información preparada con arreglo a otro ordenamiento jurídico.
- Algunos exámenes de fusiones, como los de General Electric/Honeywell y Boeing/McDonnell Douglas, han tenido resultados contradictorios, pese a la estrecha cooperación establecida entre las autoridades de los Estados Unidos y la UE.

- Una vez más, la mayoría de los Estados menos desarrollados, con regímenes de competencia menos avanzados, no gozan aún del mismo grado de cooperación que el que tienen los Estados Unidos y la CE.

III. Conclusión y cuestiones que hay que seguir examinando

91. En la actualidad hay amplio consenso en que la cooperación entre los organismos reguladores de la competencia es necesaria, pero no suficiente, para hacer frente a las conductas anticompetitivas en la economía mundial. Ha habido un aumento significativo del número de regímenes de la competencia en todo el mundo, así como de la comunicación entre ellos. Distintos instrumentos, desde acuerdos oficiales hasta conversaciones telefónicas oficiosas, permiten la interacción y el establecimiento de relaciones entre los organismos reguladores y facilitan la cooperación y una mayor convergencia. Muchas jurisdicciones han incorporado estos instrumentos de cooperación en sus procedimientos.

92. Sin embargo, aún queda bastante por hacer para que los organismos reguladores de la competencia más recientes, o los de las economías pequeñas o en desarrollo, puedan beneficiarse de la cooperación. Muchos de estos organismos no han concertado ningún acuerdo bilateral o regional oficial, a pesar de que la cooperación podría limitarse simplemente a la capacitación conjunta y la disponibilidad recíproca para formular observaciones sobre los proyectos de legislación y directrices. Es posible que para las jurisdicciones más avanzadas la firma de acuerdos bilaterales con homólogos de países menos desarrollados no reporte grandes ventajas inmediatas pero, a largo plazo, la mayor armonización de la política de la competencia lograda gracias a la interacción repetida puede redundar en beneficio del desarrollo económico de ambas jurisdicciones.

IV. Cuestiones que deberían debatirse

1. ¿Cómo podría estimularse una mayor cooperación entre los países en desarrollo?
2. ¿Es realista pensar que en el futuro habrá normas vinculantes multilateralmente acordadas respecto de la competencia?
3. ¿Cómo lograr que los países desarrollados y en desarrollo tengan las mismas oportunidades de beneficiarse de la cooperación en materia de competencia?
4. ¿Cómo sacar mayor provecho de los acuerdos regionales para fomentar la cooperación?
5. ¿Deben los acuerdos comerciales bilaterales establecer las condiciones de cooperación en la esfera del derecho de la competencia?