



Regionalización del Derecho de Competencia: Implicaciones legales de la cooperación en la investigación de cárteles en América Latina

por Luis Marin-Tobar¹

Los últimos años han visto el surgimiento de una tendencia hacia la regionalización de los casos de competencia, particularmente aquellos relacionados a cárteles cuya revelación y cobertura mediática en algún país dado suele llamar la atención de otras autoridades y reguladores de la región. Éstas autoridades han comenzado – incluso de manera *ex officio* – a lanzar investigaciones similares en sus propias industrias o en empresas que se encuentran involucradas en investigaciones en otros países. De forma paralela, también observamos la creación de alianzas de cooperación entre agencias reguladoras en Argentina, Brasil, Chile y México, y que podrían ampliarse hacia Colombia y el Perú. Esto indica que la tendencia actual llevará a incrementar la inter-conectividad entre reguladores y, posiblemente, el número de casos que pueden ser investigados en distintos países de la región. Esta regionalización de casos conlleva un análisis necesario a distintos aspectos del derecho de competencia, así como las reglas y procedimientos de cada país. El presente artículo se enfoca principalmente en el riesgo de juzgar una conducta específica dentro de varias jurisdicciones, así como en los efectos de la regionalización de investigaciones o programas de clemencia y la confidencialidad de la información de las partes en el caso de los archivos de investigación de la Comunidad Andina.

En primer lugar, es importante tomar en cuenta que el Ecuador es firmante de la Decisión Andina 608 para la promoción y protección de la libre competencia dentro de la Comunidad Andina. Dicha norma entró en vigor en marzo de 2005, creando consigo un marco legal común para impulsar a los países miembros a establecer reglas locales para la competencia. La aplicabilidad de la DA 608 queda limitada a casos donde las conductas y sus efectos ocurren en uno o

¹ Luis Marín-Tobar es Licenciado en Derecho de la Universidad San Francisco de Quito. Cuenta con un Master en Estudios Legales Internacionales del Georgetown University Law Center y recibió un Diploma Superior en Economía para Derecho de Competencia de King's College London. Actualmente es Socio Senior en el despacho Pérez Bustamante & Pnce en Quito, Ecuador.





más países miembros o, en caso de darse en países no-miembros, donde los efectos de la conducta afecten a dos o más miembros de la Comunidad Andina. La Comunidad ha sido muy clara al explicar el alcance de la norma, declarando que *“Cuando el origen y los efectos de una práctica ocurran en el mismo país, no aplicará la Decisión 608. En tal caso, las provisiones de las reglas nacionales de cada país miembro serán aplicadas.”*² Esto ha llevado a que la Secretaría General se abstenga de tomar casos. Históricamente, el Artículo 51 de la norma Andina otorga una extensión de dos años para su aplicación en Ecuador. Tal excepción fue revocada por la Decisión Andina 616, entrada en vigor el 15 de junio de 2005. La decisión indica de forma específica que Ecuador puede aplicar las medidas previstas por la Decisión 608, eliminando el requisito de efectos bi-nacionales establecido por la regla de la comunidad, y además ordenando que las mismas se aplicaran a partir de agosto de 2005, permitiendo a Ecuador designar una autoridad nacional provisional encargada de implementar la Decisión 608. Esto hizo posible que los efectos de la norma fuesen implementados conforme al principio de aplicación inmediata y efecto directo. También en términos locales, el Decreto Ejecutivo 1614 del 27 de marzo de 2008, crearía la figura de Sub-Secretario de Competencia en el Ministerio de Industrias y Productividad, la cual regula los procedimientos, medidas cautelares, términos, medidas correctivas y sanciones previstas por la Decisión 608, poniendo así en efecto la norma comunitaria dentro de Ecuador.

Más allá de la aplicabilidad de la norma bajo el control de la Subsecretaría de Competencia, se anticipaba la existencia de una entidad comunitaria para la competencia – la Secretaría General de la Comunidad Andina – así como lineamientos de investigación que permitiesen a dicha Secretaría imponer incluso medidas cautelares, correctivas, y sanciones de hasta el 10% del valor total de los ingresos del infractor correspondientes al año anterior a la decisión. Esto ha permitido pasar de investigaciones llevadas a cabo *ex officio* por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en consecuencia de noticias respecto a carteles que operan en la región, a solicitudes por parte de la Secretaría General para llevar a cabo investigaciones regionales. Esta bifurcación de las investigaciones locales nos lleva a considerar el posible impacto que tendría llevar a cabo una investigación a nivel comunitario contra operadores que – habiéndose acogido a los programas de clemencia establecidos de forma local – podrían aún ser sujetos a investigaciones y sanciones por sus conductas en casos específicos (de los cuales ya han quedado exentos de sanciones gracias a su cooperación con autoridades locales) cuando éstas tengan efectos binacionales. A pesar que los artículos 27 a 30 de la Decisión 608 contemplan un régimen de compromisos, estos no representan un verdadero programa de clemencia. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ha mencionado los siguientes elementos necesarios para un programa de clemencia eficiente: *“(i) alto riesgo de ser detectado, (ii) sanciones significativas, y (iii) certeza y*

² Lineamientos para la aplicación de la Decisión 608. Secretaría de la Comunidad Andina





*transparencia legal.*³ Nos referimos aquí principalmente al tercer punto, pues el estudio citado declara también que *“Las empresas deben ser capaces de prever, con un alto grado de certeza, los beneficios disponibles y las obligaciones que deberán asumir a cambio de una excepción parcial o total. Las empresas deben conocer de antemano: (i) los requisitos para acceder al programa, y si existe o no un sistema de calificación; (ii) si los beneficios (exoneración total o parcial) son automáticos, o si quedarían sujetos a cierta evaluación por parte del organismo; (iii) La cantidad de información o pruebas requeridas antes de otorgar los beneficios; (iv) las garantías de confidencialidad disponibles para las partes que soliciten clemencia.”* En caso de no contar con garantías de confidencialidad suficientes para los testimonios o pruebas otorgadas, y sabiendo que dicha información podría después ser utilizada por un regulador local como base de su propia acusación e incluso utilizar ésta declaración como parte de una solicitud de investigación ante la Secretaría General, significaría un debilitamiento grave a uno de los tres elementos esenciales para la operación de un programa de clemencia efectivo.

Otro elemento que debe ser tomado en consideración es el de la cooperación de la autoridad nacional con la Secretaría General, o con cualquier otra autoridad de competencia en la región o en todo el mundo. En términos de la cooperación con la Secretaría General, los *“Lineamientos prácticos para la Aplicación de la Decisión 608”*⁴ fueron publicados el 23 de octubre de 2007, regulando este aspecto con la determinación de que *“la administración general de una investigación pertenece directamente a la Secretaría General, la cual estará involucrada en las decisiones fundamentales del procedimiento, i.e. admitir la acusación y evaluar los méritos de los cargos o liberaciones, la recepción y evaluación de la evidencia, formulación de reportes de investigación, así como el establecimiento de sanciones y/o medidas de corrección a conductas que resulten en una violación a lo establecido en la Decisión 608.”* Un aspecto fundamental de la norma es que, a través de un funcionario designado por la Secretaría General, *“la autoridad cooperante deberá facilitar y cooperar con los casos que tengan lugar y sean administrados por la Secretaría General”* y *“en función de ello, las autoridades nacionales deben llevar a cabo investigaciones, recolectar documentos e información, convocar e interrogar a individuos, obtener todo tipo de documentos – entre otras actividades – sobre la base de un ‘plan de investigación’ preparado con antelación por la Secretaría General, la cual mantendrá una coordinación permanente con la autoridad nacional durante el periodo de investigación.”*⁵ Lo anterior nos lleva necesariamente a considerar el alcance de dicha cooperación vis-a-vis de los elementos y pruebas obtenidos durante la ejecución de una investigación local, así como de los aspectos de confidencialidad impuestos por el Artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM). Ésta obligación queda complementado por lo provisto en el Artículo 3 de la regulación a la LORCPM, el cual

³ Documento DAF/COMP/LACF (2016)5 del 7 de Abril de 2017 “Programas de Clemencia en América Latina y el Caribe. Experiencias Recientes y Lecciones Aprendidas.”

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2016\)5&docLanguage=eEs](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2016)5&docLanguage=eEs) .

⁴ <http://itranet.comunidadandina.org/Documentos/DTrabajo/SGdt396.doc>.

⁵ Decisión 608, artículo 18





declara que *“la información y documentos obtenidos por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado durante su investigación podrán ser clasificadas como secretas o confidenciales, ex officio, o a petición de toda parte interesada”* así como por el Código de Ética de la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, a cual incluye *“La protección de la información de los usuarios y respeto a los principios de secreto y confidencialidad”* entre los valores principales del Artículo 3. En consecuencia de lo anterior, la SCPM quedaría limitada a cooperar e intercambiar información sobre sus investigaciones locales – en las cuales existan indicios de efectos binacionales – con autoridades regionales como la Comunidad Andina o con sus pares internacionales. Para que exista una cooperación plena, incluyendo el intercambio de documentos obtenidos durante investigaciones específicamente locales, sería necesario que dichos documentos de secreto y confidencialidad fuesen rechazados por las partes involucradas, consintiendo así al intercambio de dicha información con otras autoridades.

Los ejemplos mencionados anteriormente demuestran que una regionalización efectiva de los cárteles, así como los esfuerzos repetidos de las autoridades para perseguirlos, han vuelto necesario el considerar aspectos de confidencialidad de la evidencia sometida bajo el contexto de la cooperación en programas de clemencia, así como la legitimidad de utilizar dichos programas como la base para iniciar acusaciones por infracciones a normas comunitarias y en el que un programa de clemencia capaz de proteger los intereses de los operadores involucrados en prácticas contrarias a la libre competencia aún no ha sido establecido.

