



RCC

Centro Regional de la OCDE para la
Competencia en **América Latina**



REVISTA

Nº2

DICIEMBRE 2020





OCDE Centro Regional de Competencia en AMÉRICA LATINA

REVISTA N° 2, DICIEMBRE 2020

Prólogo	323
Sección I: Actividades y actualizaciones de RCC	434
Taller sobre el sector salud	43
<i>Evento virtual, 22-26 de junio de 2020.....</i>	<i>.....</i>
Taller sobre detección de cárteles	434
<i>Evento virtual, 2-4 de septiembre de 2020.....</i>	<i>.....</i>
Taller sobre definición de mercado	434
<i>Evento virtual, 18-20 de noviembre de 2020.....</i>	<i>.....</i>
Futuros talleres	545
<i>Planificación para 2021</i>	<i>.....</i>
Actualizaciones regionales de la OCDE	545
<i>Proyectos en contratación pública</i>	<i>.....</i>
<i>Proyectos sobre evaluación de la competencia.....</i>	<i>.....</i>
<i>Peer Reviews.....</i>	<i>.....</i>
Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (LACCF)	656
Sección II: Entrevista con jefes de agencias	767
<i>Entrevista con el Sr. Alexandre Barreto de Souza, presidente del CADE de Brasil</i>	<i>6</i>
Sección III: Contribuciones de expertos	111011
Una nota sobre la adopción y los éxitos mundiales con el screening	1110
<i>por Rosa Abrantes-Metz.....</i>	<i>.....</i>
Brasil: Nuevas técnicas de investigación para luchar contra los cárteles – el "Proyecto Cerebro"	191819
<i>por Alexandre Cordeiro Macedo y Raquel Mazzuco Sant'Ana</i>	<i>.....</i>
Costa Rica: Actualización y perspectivas del nuevo programa de clemencia en Costa Rica . ¡Error! Marcador no definido.24¡Error! Marcador no definido.	
<i>por Mariana Castro Sotela</i>	<i>.....</i>
El Salvador: Clemencia y cumplimiento: el nexo interdisciplinario ... ¡Error! Marcador no definido.29¡Error! Marcador no definido.	
<i>por Evelyn Olmedo Amaya</i>	<i>.....</i>
México: La opinión de COFECE sobre las investigaciones de oficio en mercados estratégicos	¡Error! Marcador no definido.32¡Error! Marcador no definido.
<i>Por Sergio López Rodríguez</i>	<i>.....</i>

Caribe: La eficacia de los programas de clemencia en las pequeñas economías – una visión del Caribe
..... ¡Error! Marcador no definido.3¡Error! Marcador no definido.8
por Taimoon Stewart.....

Prólogo

Lima/París, diciembre 2020

Estimados lectores,

¡Ha sido un gran primer año para el Centro Regional de Competencia (RCC, por sus siglas en inglés) en América Latina!

El "RCC-Lima" completó su primer año el 20 de noviembre de 2020, cuando se cantó un feliz cumpleaños simbólico durante la sesión de clausura del último taller del RCC del año. Durante este período, el RCC ha organizado cinco talleres con temas del Control de Concentraciones, Abogacías, Sector de Salud, Detección de Cáteles y Definición de Mercado. Han reunido a más de 300 funcionarios de competencia de la región para desarrollar sus capacidades, intercambiar experiencias y desarrollar la confianza mutua, que es clave para promover la cooperación regional. ¡Ha sido un excelente comienzo!

Este Newsletter (No 2 de diciembre de 2020), al igual que el anterior (No 1 de junio de 2020) tiene el objetivo de destacar las principales actividades del RCC durante el segundo semestre de 2020, así como promover nuevos intercambios a través de entrevistas con jefes de agencias y contribuciones de expertos. Mantiene la misma estructura de la primera edición: I – actividades y actualizaciones de RCC; II – Entrevista con el jefe de agencias; y III – Contribuciones de expertos.

En cuanto a las actividades y actualizaciones, se comparte información sobre los talleres en el sector de la salud (22-26 de junio), la detección de cárteles (2-4 de septiembre) y la definición del mercado (18-20 de noviembre). También se presenta los talleres previstos para el 2021, que podrían ajustarse requerir en fechas y formato debido a la actual crisis del Covid-19.

En la Sección II, se ofrece una entrevista exclusiva con el Sr. Alexandre Barreto de Souza, jefe de la Autoridad de Competencia de Brasil (CADE), quien estuvo de acuerdo en reunirse a distancia con la OCDE para compartir sus puntos de vista sobre la reciente ascensión del Brasil a la condición de Miembro Asociado del Comité de Competencia de la OCDE, el próximo Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (LACCF) que se celebrará en Brasil, proyectos en curso con la OCDE, así como los desafíos relacionados con la crisis del Covid-19.

Por último, se presenta las contribuciones de expertos en competencia como un esfuerzo para promover el intercambio de experiencias y la orientación política a los países beneficiarios del RCC. Las contribuciones se centran en el tema de la detección de cárteles en consonancia con las recientes discusiones mantenidas en el marco del RCC. Estamos encantados de contar con contribuciones de Brasil, Costa Rica, El Salvador, México, el Caribe, además de una contribución especial de la profesora Rosa Abrantes-Metz sobre técnicas de screening para detectar cárteles.

No dude en ponerse en contacto con nosotros para cualquier sugerencia o asistencia relacionada con las actividades del RCC. ¡Disfrute su lectura!

Con nuestros mejores saludos,

Jesús Espinoza

Jefe de la Secretaría Técnica de la Comisión de
Defensa de la Libre Competencia del
INDECOPI - jespinozal@indecopi.gob.pe

Paulo Burnier da Silveira

Experto Senior en Competencia en la
OCDE
paulo.burnier@oecd.org

Sección I: Actividades y actualizaciones del RCC

Taller sobre el sector salud

Evento virtual, 22-26 de junio de 2020

El Taller reunió a 189 participantes registrados de 19 jurisdicciones. Entre los 29 ponentes, el taller tuvo un discurso de apertura¹ a cargo del profesor Frédéric Jenny y la presencia de jefes y ex jefes de las agencias de Brasil, Chile, Colombia, Perú, Portugal, Uruguay y Estados Unidos. El Taller estuvo compuesto por 10 sesiones, con una duración total de 15 horas de formación, celebradas dos veces al día durante 1h30 cada una. Los temas abarcaron distintos aspectos relacionados con la competencia en el sector de la salud, incluyendo la promoción, la regulación y sus especificidades en América Latina, la aplicación de la ley contra los cárteles, las fusiones, el abuso de dominio y un ejercicio hipotético de un caso sobre una fusión en el cuidado de la salud. Las dos últimas sesiones se centraron en temas de Covid-19 y fueron en español.

Taller sobre detección de cárteles

Evento virtual, 2-4 de septiembre de 2020

El Taller contó con la participación de 93 asistentes registrados de 23 jurisdicciones². Estuvo compuesto de 4 sesiones, con una duración total de 8 horas de entrenamiento. El evento fue inaugurado por la Sra. Hania Pérez de Cuéllar, nueva presidenta del Indecopi, junto con Antonio Capobianco, jefe interino de la División de Competencia de la OECD. Los temas de las sesiones se centraron en herramientas reactivas y proactivas para detectar cárteles, además de un ejercicio de caso basado en una hipotética contratación pública con patrones de precios inusuales. En una última sesión con los jefes de agencia se discutió la detección de cárteles en tiempos de crisis Covid-19. En total, 16 oradores intervinieron durante el taller, siendo 13 de ellos de América Latina y el Caribe.

Taller sobre definición de mercado

Evento virtual, 18-20 de noviembre de 2020

El Taller contó con 93 participantes de 21 jurisdicciones³. Se componía de 3 sesiones, con una duración total de 8 horas de entrenamiento. Los temas de las sesiones abarcaron los fundamentos de la definición del mercado, los estudios de casos de Brasil, Chile y México, además de un hipotético ejercicio de un caso y una sesión exclusiva sobre definición de mercado en tiempos de Covid-19 (en español). En total, 9 ponentes intervinieron durante el taller, siendo 8 de ellos de América Latina. En el último día, se cantó un feliz cumpleaños virtual para celebrar el 10 aniversario del RCC, lanzado oficialmente el 20 de noviembre de 2019.

¹ Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Curazao, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y la Comunidad Andina.

² Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Curazao, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Montserrat, Panamá, Paraguay, Perú, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago y la Comunidad Andina.

³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Curazao, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y la Comunidad Andina.

Futuros talleres

Planificación para el 2021

Los próximos talleres se centrarán en los siguientes temas: Introducción a la Competencia para el Personal Joven, Control de Fusiones en Tiempos de Crisis, Competencia en el Sector Financiero y Lucha contra la Licitación Colusoria. Las fechas y el formato tendrán en cuenta la actual crisis del Covid-19 y sus restricciones de viaje en todo el mundo. A continuación, se muestra la planificación preliminar para el 2021:

	Fecha	Tema	Comentarios
1.	8-12 de marzo	Introducción a la Competencia para el Personal Joven: proporcionará un breve curso introductorio de aplicación de la ley de competencia con consejos prácticos. Se dirigirá a los responsables Junior de casos (es decir, con menos de dos años de experiencia).	Se llevará a cabo virtualmente o en Lima dependiendo de cómo evolucione la situación de Covid-19.
2.	5-7 de mayo	Competencia en el sector financiero: abarcará cuestiones de competencia en el sector financiero, incluida la observancia y la promoción, además de la cooperación con los reguladores. El público incluirá a los ejecutores de la competencia y funcionarios de los bancos centrales, principalmente de los altos niveles.	Se llevará a cabo virtualmente o en Lima dependiendo de cómo evolucione la situación de Covid-19.
3.	15-17 de septiembre	Control de las fusiones en tiempos de crisis: abordará los principales desafíos para las autoridades de competencia, incluidos los recursos y la defensa de la empresa en quiebra. Se dirigirá a los altos mandos de casos (es decir, jefes y jefes adjuntos de unidades de fusión).	Se llevará a cabo virtualmente o en Lima dependiendo de cómo evolucione la situación de Covid-19.
4.	17-19 de noviembre	Lucha contra la licitación colusoria: promoverá una actualización e intercambio de experiencias sobre los acontecimientos recientes en la región, incluidas las cuestiones de observancia y promoción. Se dirigirá a las autoridades de competencia menos maduras de la región.	Se llevará a cabo virtualmente o en Lima dependiendo de cómo evolucione la situación de Covid-19.

Obs: las fechas están sujetas a cambios.

Actualizaciones regionales de la OCDE

Proyectos en contratación pública

La OCDE se ha comprometido a apoyar a los gobiernos a diseñar procedimientos de contratación pública que promuevan la competencia y reduzcan el riesgo de ofertas de manipulación. Esta es la razón por la que la OCDE ha estado colaborando estrechamente con los gobiernos y los organismos públicos para alentar y facilitar la aplicación de las Recomendaciones y Directrices de la OCDE. En este contexto, **Argentina**, Colombia y México han buscado el apoyo de la OCDE en los últimos años para mejorar sus prácticas de adquisiciones e intensificar su lucha contra la licitación colusoria. **Brasil** y Perú están trabajando actualmente con la OCDE en proyectos similares.

En **Brasil**, el CADE ha invitado a la OCDE a evaluar el marco brasileño de contratación pública a la luz de la [Recomendación](#) y directrices de la OCDE para luchar contra la licitación colusoria. Durante el proceso, la OCDE evaluará las principales normas que rigen la contratación pública en Brasil a nivel federal, así como las prácticas de contratación de los principales procuradores federales. La evaluación de la OCDE se presentará en un informe que incluye recomendaciones para mejorar la competencia en la contratación pública, además de las actividades de creación de capacidad para prevenir y detectar la licitación colusoria. Una página web que describe el proyecto está disponible en inglés y portugués: <http://oe.cd/fbr-bra>.

En **Perú**, el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud) ha invitado a la OCDE a evaluar el marco de contratación pública aplicable a las compras de EsSalud a la luz de la [Recomendación](#) y Directrices para la Lucha contra la licitación colusoria en compras públicas. La OCDE elaborará un informe con su evaluación y recomendaciones específicas para reforzar la competencia en las licitaciones dirigidas por EsSalud, junto con un plan de acción para aplicar estas recomendaciones. Junto con Indecopi, la OCDE capacitará a los funcionarios de compras públicas de EsSalud sobre la competencia en las licitaciones y cómo luchar contra la colusión. La página web del proyecto está disponible en inglés y español [aquí](#).

Proyectos sobre evaluación de la competencia

Brasil

Peer Review

El Salvador se sometió a un examen de su legislación y política de competencia durante el 17o Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (LACCF) OCDE-BID, celebrado en San Pedro Sula, Honduras, el 25 de septiembre de 2019. El informe final se presentó prácticamente el 5 de noviembre de 2020, con la participación de Miguel Kattán, Secretario de Comercio e Inversiones de El Salvador, y Gerardo Henríquez, Superintendente de la Superintendencia de Competencia. Frédéric Jenny, presidente del Comité de Competencia de la OCDE, y Antonio Capobianco, Jefe interino de la División de Competencia de la OCDE, aportaron comentarios durante la sesión. Para más información: www.oecd.org/daf/competition/oecd-idb-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-el-salvador-2020.htm

Ecuador también se ha ofrecido como voluntario para ser revisado por la OCDE. La fase de examen se celebró durante la última reunión de la LACCF en septiembre, y actualmente se está preparando un informe final con recomendaciones.

Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (LACCF)

El 18o Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (LACCF) OCDE-BID tuvo lugar prácticamente durante dos días del 28 al 29 de septiembre de 2020. Se celebraron dos sesiones sobre "Recopilación de Pruebas Digitales en Investigaciones de Cárteles" y "Examen de pares de la legislación y la política de competencia del Ecuador". Asistieron al LACCF alrededor de 215 delegados en representación de 26 delegaciones diferentes y 5 organizaciones internacionales/regionales. El próximo LACCF se llevará a cabo en Río de Janeiro, Brasil. Para más información: <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2020forum>.

Sección II: Entrevista con los jefes de agencias

Entrevista al Sr. Alexandre Barreto de Souza, presidente del CADE de Brasil



ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA es Presidente del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) en Brasil. Tiene una Maestría en Administración Pública de la Universidad de Brasilia y cuenta con más de 20 años de experiencia como funcionario público en Brasilia. Ha aceptado reunirse virtualmente con Paulo Burnier da Silveira (OCDE) para intercambiar sus puntos de vista sobre su mandato, proyectos con la OCDE y perspectivas para las autoridades de competencia en tiempos de Covid-19.

Paulo: Usted ha sido Presidente del CADE en Brasil durante casi tres años y medio. Sinceras felicitaciones por el excelente trabajo realizado hasta ahora. Si tuviera que seleccionar los principales logros, ¿cuál elegiría y por qué? En otras palabras, ¿de cuáles te sientes más orgulloso?

Alexandre Barreto: En primer lugar, agradezco las felicitaciones. Estoy muy orgulloso del trabajo que CADE ha estado haciendo. Ahora es ampliamente reconocido por su excelencia laboral y se convirtió en un modelo para el Gobierno brasileño. También estoy orgulloso de mi labor durante estos tres años y medio como su presidente. Hemos tenido varios logros significativos en el CADE en los últimos años; Creo que vale la pena mencionar los siguientes:

(i) La aceptación del CADE como miembro asociado del Comité de Competencia de la OCDE, que consolida años de cooperación entre la agencia brasileña y la OCDE en temas de competencia, además de reforzar la alineación del CADE con las mejores prácticas internacionales y su compromiso con la defensa de la competencia en Brasil. Este logro es sin duda notable para nosotros y vale la pena mencionarlo, ya que es un reconocimiento internacional de los buenos resultados del CADE, y pone al CADE en un camino para participar más activamente en los trabajos realizados por la OCDE y para aumentar sus esfuerzos de cooperación con otras autoridades antimonopolio que también son miembros de la organización.

(ii) El éxito de nuestros esfuerzos de cooperación con otras agencias e instituciones brasileñas, que se están logrando a través de varios acuerdos de cooperación que se firmaron con los Servicios Federales de La Fiscalía de Brasil, todos los Servicios de Enjuiciamiento del Estado en el país, el Banco Central brasileño, los organismos reguladores, el Tribunal Federal de Cuentas y la Contraloría General de Brasil. Estos acuerdos de cooperación técnica que se están firmando entre el CADE y otros organismos, en su mayoría órganos gubernamentales, son extremadamente importantes para ampliar los canales de comunicación entre las instituciones y permitir que los casos se aborden de manera más oportuna

y eficaz. Estos esfuerzos dieron lugar a la creación de diferentes grupos de trabajo, conferencias, cursos, talleres para proporcionar capacitación a los funcionarios y mecanismos para el intercambio de datos. Además, estos acuerdos son importantes para las operaciones de promoción de la competencia del CADE, en particular las relacionadas con sectores regulados, y tienen muchos otros beneficios para la sociedad y la economía brasileñas.

(iii) El aumento del presupuesto y del personal del CADE también fue un logro notable para mi administración. A lo largo de los últimos 3 años, el presupuesto del CADE ha aumentado en más de un 80%, lo que resulta del creciente papel que ha estado desempeñando la agencia y del reconocimiento de lo importante que es el trabajo que realizamos. Como consecuencia de este aumento del presupuesto, pudimos invertir con éxito en soporte electrónico, dispositivos informáticos y capacitación del personal, por ejemplo. Además, nos permitió aumentar la plantilla del CADE en más de un 70% en los últimos años, lo que fue esencial para mejorar nuestro rendimiento.

(iv) Por último, en lo que respecta a un logro relacionado con las actividades operativas del CADE, creo que vale la pena mencionar el acuerdo firmado con Petrobrás durante el curso de las investigaciones que llevamos a cabo sobre un posible abuso de dominio por parte de la empresa. La compañía acordó firmar un Acuerdo de Cese que efectivamente puso fin al monopolio que la empresa estatal tenía en los mercados de refinación y gas natural en Brasil. A través del acuerdo, Petrobrás se comprometió a vender activos en el mercado del gas natural, lo que debería alentar a nuevos actores a entrar en el mercado, atraer nuevas inversiones en la cadena de productos y aumentar la competencia en el segmento, hasta ahora explotado casi exclusivamente por la empresa estatal. El Acuerdo se diseñó para abordar las principales cuestiones estructurales del mercado del gas natural. En la actualidad, CADE está siguiendo de cerca su cumplimiento, lo que debería dar lugar a importantes beneficios para el mercado.

Paulo: CADE se ha unido recientemente al Comité de Competencia de la OCDE como Miembro Asociado, lo cual es un logro importante. ¿Podría compartir con nuestros lectores lo que motivó a Brasil a solicitar esta "actualización"? ¿Y qué cambia en la práctica?

Alexandre Barreto: CADE ha estado desempeñando un papel activo en el Comité de Competencia de la OCDE desde 1997. La cooperación de larga data con la OCDE ha contribuido en gran medida a los notables progresos que el CADE ha logrado con respecto a las cuestiones antimonopolio en los últimos años. La Ley de Competencia de Brasil (12529/2011), por ejemplo, estuvo ampliamente influenciada por las recomendaciones, estudios y peer reviews realizados por la OCDE, que resultaron en muchos beneficios para el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia.

Por lo tanto, después de más de dos décadas de estrecha cooperación con la OCDE en materia de competencia, el CADE solicitó unirse al Comité de Competencia de la OCDE como miembro asociado y se sometió a un proceso de revisión por homólogos en 2018. Esta iniciativa definió a la estrategia de fortalecer la participación del CADE en los asuntos internacionales, y con la estrategia del gobierno brasileño para fortalecer nuestros lazos de cooperación con la OCDE y aprovechar la amplia experiencia de la Organización con las políticas públicas.

La aceptación de Brasil como miembro asociado del Comité de Competencia de la OCDE en 2019 ha permitido al CADE asumir un papel más activo en el desarrollo de políticas mundiales de competencia y aumentar su influencia con respecto a la agenda antimonopolio internacional. Esto contribuye a fortalecer la asociación con la OCDE, fomentar la cooperación con otras autoridades de competencia y difundir la opinión del Brasil sobre cuestiones de competencia.

Además, la aceptación del Brasil como miembro asociado es un reconocimiento a los notables avances que el organismo ha hecho en materia de antimonopolio en los últimos años, y muestra a la comunidad antimonopolio internacional que Brasil tiene una política de competencia eficaz, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, lo que consolida la posición del CADE entre las principales autoridades de competencia de todo el mundo. Además de consolidar la implementación de las mejores prácticas en la política de competencia del Brasil, el nuevo estatuto refuerza el compromiso a largo plazo del CADE de adoptar políticas públicas racionales, eficientes y transparentes, de conformidad con las mejores prácticas internacionales.

Además, este nuevo estatuto representa un logro importante no sólo con respecto a la competencia. En general, la iniciativa muestra que Brasil ha sido un socio clave comprometido con la OCDE y tiene un gran potencial para colaborar eficazmente con la OCDE.

Paulo: Este nuevo estatus en el Comité de Competencia también ha permitido un mayor nivel de cooperación entre el CADE y la OCDE. ¿Podría compartir con nosotros estas iniciativas recientes?

Alexandre Barreto: En 2019, de conformidad con la estrategia adoptada por el gobierno brasileño para fomentar nuestra cooperación con la OCDE, y teniendo en cuenta la condición de Brasil como miembro asociado al Comité de Competencia de la OCDE, CADE decidió llevar a cabo el proyecto de llevar a cabo una revisión de la competencia del régimen de contratación pública vigente en Brasil, en asociación con la OCDE. El objetivo de este proyecto es revisar el marco regulatorio brasileño relacionado con las contrataciones públicas y ofrecer recomendaciones para mejorar las leyes y prácticas brasileñas de acuerdo con la Recomendación de la OCDE sobre la lucha contra las licitaciones colusorias en la contratación pública, que Brasil adoptó en 2017. Además, el proyecto proporcionará talleres de creación de capacidad a los funcionarios sobre cómo diseñar eficazmente las contrataciones públicas y detectar las licitaciones colusorias, así como sobre las acciones por daños y perjuicios resultantes de prácticas anticompetitivas.

Este año, CADE ha decidido llevar a cabo otro proyecto en colaboración con la OCDE. El proyecto de evaluación de la competencia tiene por objeto revisar los marcos reglamentarios actualmente aplicados para los mercados de puertos y aerolíneas en Brasil, con el propósito de identificar restricciones innecesarias a la competencia y desarrollar políticas más amplias que aún alcancen los objetivos gubernamentales. Se supone que el proyecto comenzará a finales de año y se espera que dure 18 meses.

Además, Brasil fue elegido para ser sede del Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia para el 2021. Consideramos que LACCF será una gran oportunidad para compartir nuestra experiencia con compañeros de toda la región y promover debates sobre temas de interés común. El Brasil ha asumido un papel activo en la LACCF desde el principio, y la celebración del próximo LACCF está de acuerdo con la política del CADE de fortalecer la cooperación internacional con los socios regionales.

Paulo: Una última pregunta: teniendo en cuenta los desafíos relacionados con los tiempos actuales de Covid-19, ¿qué consejos daría a las autoridades de competencia de la región en términos de política de competencia?

Alexandre Barreto: Teniendo en cuenta la experiencia del CADE con los desafíos de competencia causados por la pandemia Covid-19 en Brasil, mi principal consejo a las autoridades de competencia de la región es reforzar. Necesitamos mantener autocontrol, ahora más que nunca, para cumplir nuestras actividades y cumplir con nuestros deberes en este contexto de crisis severas y prolongadas. Tomando como ejemplo el caso brasileño, debo subrayar que, de la misma manera que han sufrido las empresas brasileñas, el trabajo del CADE se ha visto afectado por la crisis, que nos ha obligado a

cambiar nuestras formas de minimizar sus efectos, pero siempre teniendo en cuenta la premisa de promover un entorno competitivo saludable con prontitud, y también a lo largo de la recuperación económica brasileña. Por lo tanto, aun considerando las preocupaciones antes mencionadas, en mi opinión, las autoridades que intervienen en las políticas de competencia en Brasil o en otros países deben evaluar su injerencia teniendo en cuenta el ámbito económico. Las medidas adoptadas sin realizar un análisis adecuado o adoptar normas excesivamente debilitadas a nivel nacional e internacional podrían, en determinadas circunstancias, ser aún más perjudiciales y empeorar la situación en lugar de resolverla. Un ejemplo evidente en Brasil es la colaboración entre empresas competidoras que decidieron crear una coalición empresarial llamada Movimento Nós como una forma de hacer frente a los problemas a los que se enfrentan los pequeños y medianos minoristas, debido a la pandemia Covid-19. El mercado minorista se vio muy afectado por la crisis, y en Brasil representa una cantidad significativa de los canales de distribución de bienes de consumo como bebidas, alimentos y productos de cuidado personal y doméstico.

Así, la decisión de aprobar la solicitud de colaboración el 28 de mayo de 2020 puso de relieve que no se trata de llevar a cabo un análisis más flexible, sino de un análisis diferente del caso. Por lo tanto, el CADE aclaró que seguirá abordando posibles problemas de competencia en su análisis en tiempos de crisis o a revisar los acuerdos de colaboración entre competidores, y lo hará teniendo en cuenta otros parámetros y procedimientos. Por consiguiente, dada la naturaleza de estos casos, revisarlos significa tratar las especificidades y los diferentes análisis de procedimientos, facilitando adecuadamente, durante y después de la crisis, herramientas y mecanismos rápidos, eficientes y seguros para dar respuestas a las empresas que se enfrentan a dificultades. Por lo tanto, subrayo que las autoridades antimonopolio de nuestra región deben ser conscientes del escenario actual; sin embargo, no pueden flexibilizar sus criterios ni el nivel de su trabajo por ningún medio, es decir, para evitar que, en un escenario posterior a la pandemia surjan problemas más grandes que los causados por la pandemia de Covid-19. También debemos trabajar con el fin de mitigar o resolver cuestiones relacionadas con el contexto actual de la competencia. Por lo tanto, las autoridades antimonopolio de la región no pueden permitir que proliferen estructuras de mercado que puedan ser perjudiciales para la competencia como una forma de abordar los estancamientos causados por la pandemia en Brasil. No podemos permitir que las posibles empresas oportunistas aprovechen un momento de crisis para obtener beneficios indebidos en detrimento de la competencia.

Por último, me gustaría mencionar que desde mi punto de vista y, una vez más, teniendo en cuenta la experiencia del Brasil, es hora de fortalecer la promoción para que podamos colaborar como autoridades antimonopolio para hacer cumplir las políticas públicas y participar en debates jurídicos y reglamentarios sobre asuntos relacionados con la política de competencia en la región. Las autoridades de nuestros países deben entender que la mejor manera de hacer frente a la pandemia y sus efectos perjudiciales es aumentando la competencia.

Eso sólo será posible si construimos puentes entre nuestras agencias y otros organismos públicos y privados. Aunque puedan resolver temporalmente los problemas y las debilidades, cualquier otra medida o entendimiento que menoscabe nuestro desempeño a mediano y largo plazo sin duda se revelará como perjudicial para la competencia, para la rentabilidad y para la diversidad económica, como se ha observado en oportunidades pasadas.

En conclusión, como en el ejemplo de colaboración entre competidores, creo que tanto el CADE (salvaguardando sus metodologías tradicionales y los parámetros de revisión) como cualquier otra autoridad de competencia de nuestra región, que tiene la intención de afrontar adecuadamente la crisis causada por la pandemia de Covid-19, debe estar abierto y ser creativo en este escenario, además de actuar con parsimonia y autocontrol. Así, encontraremos soluciones que sean factibles, proporcionadas, fáciles de monitorear y rápidas de implementar y, especialmente, que aborden las

preocupaciones competitivas que pretendemos resolver. Nuestro papel es contribuir dentro de nuestra jurisdicción y a lo mejor de nuestras capacidades a las próximas circunstancias, ya que sólo conoceremos los efectos reales de larga duración en nuestros países en los próximos años.

Sección III: Contribuciones de expertos

Una nota sobre la adopción y los éxitos mundiales con el screening



por Rosa M. Abrantes-Metz⁴

1. Motivación

En septiembre pasado, tuve el placer de participar en el panel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Herramientas proactivas para la detección de cárteles", moderado por Paulo Burnier de la OCDE y acompañado por representantes de las autoridades de competencia de Argentina, Brasil, México y Perú. Fue energizante conocer detalles adicionales de todo el trabajo que estas autoridades de competencia han estado llevando a cabo en el área del screening, las lecciones que han aprendido y los éxitos que han logrado.⁵

En los últimos 20 años se ha producido mucho en esta área. Recuerdo mi inicio como economista en la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (FTC) en 2002, directamente de la escuela de posgrado. La FTC estaba lanzando un programa de monitoreo para los precios de la gasolina al por menor en todo Estados Unidos, lo que me sorprendió. Tenía curiosidad por saber qué más podíamos hacer para monitorear los precios en múltiples industrias y ayudar a marcar la posible colusión u otra conducta anticompetitiva.

El Director de la Oficina de Economía de la FTC, el Profesor Luke Froeb, alentó estos esfuerzos y estimuló nuevas ideas sobre este tema, culminando en 2004 con nuestro primer artículo escrito juntamente con el Dr. Christopher Taylor y el Profesor John Geweke, "Una variante del screening y la colusión". Todavía recuerdo nuestras discusiones preguntando: "¿Cómo debemos referirnos a estas

⁴ Rosa M. Abrantes-Metz es director de The Brattle Group en las Prácticas de Competencia y Valores, y ex Profesor Adjunto Asociado de Economía en la Escuela de Negocios Stern de la Universidad de Nueva York; Rosa.Abrantes-Metz@Brattle.com. Las opiniones expresadas en esta nota son mis propias opiniones independientes y no representan las de la Organizaciones con los que estoy afiliado o sus clientes.

⁵ Además de mí, los panelistas fueron Esteban Greco, Consultor y ex presidente de CNDC Argentina; Alexandre Cordero, Superintendente General del CADE Brasil; Sergio López Rodríguez, jefe de la Autoridad de Investigación de COFECE, México; y Diego Reyna, Jefe de Unidad Jurídica de Indecopi, Perú.

técnicas?" Estábamos divididos uniformemente entre los dos términos: "screening" y "filtros". ¡Por supuesto, ahora sabemos quién ganó! Poco sabía que, a partir de entonces, pasaría una cantidad significativa de mi tiempo durante las siguientes décadas (y contando) desarrollando e implementando screening en una variedad de contextos.⁶

Una parte integral de mi trabajo inicial en screening incluyó discutir su adopción por las autoridades de competencia de todo el mundo. Tuve que convencer a las autoridades de que los screening valían la pena. Al principio, recibí comúnmente la pregunta: "¿Cómo puedes decirme que el screening funciona si nunca has detectado ninguna conducta ilegal al usarlo?" Fue una pregunta justa, y me lo tomé en serio. Pasé gran parte de los años siguientes aplicando screening de diferentes tipos a diferentes mercados y animando a los colegas a hacer lo mismo. A medida que los éxitos comenzaron a llegar, los screening comenzó a ser adoptadas en todo el mundo.

Un adoptante muy temprano a mediados de la década de 2000 fue el brasileño Carlos Ragazzo, entonces jefe del grupo de cárteles en CADE, el Consejo Administrativo de Defensa Económica. Según recuerdo, fue el primer miembro de una autoridad de competencia en comunicarse conmigo desde el principio para discutir el posible uso de screening en investigaciones que el CADE estaba considerando sobre los precios de la gasolina. Su equipo terminó usando una variedad de screening simples y más elaboradas para cientos de casos potenciales para seleccionar un número manejable de asuntos que vale la pena perseguir. Seleccionaron 10 en total. El CADE fue a la corte con los screening, recibió permiso para las visitas de inspección y encontró evidencia directa de colusión en 6 de las 10.⁷

Casi simultáneamente con los esfuerzos brasileños, el mexicano Carlos Mena-Labarthe, jefe de la aplicación de cárteles de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), comenzó a utilizar screening para ayudar en el aparejo de ofertas y fijación de precios en un asunto farmacéutico ahora famoso en México. Culminó con la Corte Suprema de México aceptando las pruebas empíricas y económicas proporcionadas por los screening como parte de las pruebas generales que apoyan la colusión, finalmente entregando una victoria para el gobierno⁸

Ha pasado más de una década desde estos primeros éxitos de proyección en América Central y del Sur, y desde entonces han sido adoptados a nivel mundial. Si bien los screening no son una panacea, como voy a revisar en esta nota, se ha demostrado que funcionan cuando se desarrollan e implementan correctamente. A veces me pregunto por qué todavía hay escépticos.⁹

En esta breve nota, examinaré la base de la proyección, sus éxitos y su adopción en todo el mundo, y su papel en expansión en la detección de cárteles y la disuasión en el futuro.

2. Conceptos básicos de screening y adopción mundial

⁶Véase el primer trabajo presentado en 2004, disponible en <https://www.ftc.gov/public-statements/2004/04/variance-and-smoothness-screens-collusion>; el documento de trabajo de la FTC de 2004 está disponible en <https://www.ftc.gov/reports/variance-screen-collusion>. Documento publicado: Rosa Abrantes-Metz, Luke Froeb, John Geweke, y Chris Taylor, "Una variante del screening y la colusión", *Revista Internacional de organización industrial*, 24, 467-486, 2006, ("Abrantes-Metz, Froeb, Geweke & Taylor (2006)").

⁷ Carlos Chico, "Screening en el mercado minorista de gas: La experiencia brasileña," *Competition Policy International, Antitrust Chronicle*, marzo de 2012(1), ("Chico (2012)").

⁸ Carlos Mena Labarthe, "Experiencia Mexicana en screening para Rigging de Ofertas", *Competition Policy International, Antitrust Chronicle*, marzo de 2012(1) ("Mena Labarthe (2012)").

⁹ Rosa M. Abrantes-Metz, "Recientes éxitos de los screening para conspiraciones y manipulaciones: ¿Por qué todavía hay escépticos?" *Competition Policy International, Crónica Antimonopolio*, octubre de 2014 (2).

La capacidad de marcar comportamientos ilícitos a través de análisis económicos y estadísticos se conoce comúnmente como "screening". Screening es un análisis empírico basado en un modelo estadístico o hipótesis y una teoría del supuesto comportamiento ilegal. Está diseñado para:

1. Identificar si puede existir colusión, manipulación o cualquier otro tipo de engaño en un mercado en particular;
2. Determinar quién puede estar involucrado; Y
3. Detectar cuánto tiempo puede haber durado el comportamiento ilegal

Los screening utilizan datos comúnmente disponibles como precios, ofertas, cotizaciones, spreads, cuotas de mercado, volúmenes y otros datos para identificar patrones anómalos o altamente improbables bajo una teoría de la competencia. Hay esencialmente dos tipos diferentes de análisis económicos utilizados para señalar la posibilidad de una conspiración u otros tipos de abuso de mercado.¹⁰¹¹

El primero puede clasificarse como un "enfoque estructural", que examina la estructura de la industria en cuestión y pronostica la probabilidad de colusión en función de factores como la homogeneidad del producto, el número de competidores, la estabilidad de la demanda y otros marcadores colusorios de uso común.¹²

El segundo es empírico y utiliza lo que se ha conocido comúnmente como "screening", o a veces llamado "screening empíricas". Estos análisis utilizan datos sobre variables que miden los resultados del mercado, incluidos los precios, los volúmenes y las cuotas de mercado, para detectar posibles comportamientos contrarios a la competencia. Esto se denomina enfoque de "comportamiento" o "resultados", en el que los economistas examinan el comportamiento del mercado y de los participantes como traducido en datos observables y aplican screening para abordar si el comportamiento observado es más o menos probable que se haya producido bajo un acuerdo explícito. En Friederiszick & Maier-Rigaud (2008) se describe un programa propuesto de supervisión del mercado que combina componentes estructurales y empíricos.¹³

Como ejemplo de un screening empírico, Abrantes-Metz, Froeb, Geweke y Taylor (2006) argumentan que los cárteles típicos de fijación de precios no sólo son propensos a aumentar los precios medios, sino también a hacerlos menos sensibles a los cambios de costos, lo que resulta en una menor variación de los precios (o precios más estables). Primero proponemos utilizar la varianza de precios bajos como un screening para la fijación de precios tradicional y aplicarla a las estaciones de gasolina

¹⁰ Rosa Abrantes-Metz & Patrick Bajari, "Screening para conspiraciones y sus múltiples aplicaciones", *La revista Antitrust*, 24(1), otoño de 2009, ("Abrantes-Metz & Bajari (2009)").

¹¹ Joseph Harrington, "Detecting Cartels", en *Manual de Economía Antimonopolio*, (P. Buccirosi - Wikipedia, la enciclopedia libre, ed. 2008), ("Harrington (2008)"); Miguel Doane Luke Froeb, Brijesh Pinto y David Sibley, "Screening for Collusion as a Problem of Inference", en *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, editado por Roger Blair y D. Daniel Sokol, Oxford University Press: Kettering, Reino Unido, 2015, ("Doane, Froeb, Pinto & Sibley (2015)").

¹² Una "lista de verificación" no exhaustiva de características que influyen en la susceptibilidad de un mercado a la colusión tácita o explícita incluye: número de empresas y concentración del mercado, diferencias entre los competidores, heterogeneidad del producto, volatilidad de la demanda, barreras de entrada, beneficios de trampas, transparencia y contacto multimercado. Véase Rosa M. Abrantes-Metz (Directrices 2013) "Directrices Antimonopolio para Las Colaboraciones Horizontales entre Competidores para Los Países Centroamericanos y Sudamericanos", Centro Regional de Competencia en América Latina, Primera Conferencia, Santo Domingo, República Dominicana, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291659; ver también Prueba de conspiración bajo la Ley Federal Antimonopolio, American Bar Association Editions, Ch. VIII (abril de 2010, capítulo VIII); y Harrington (2008), entre otros.

¹³ suyos Friederiszick & Frank Maier-Rigaud, "Activación de inspecciones *Oficio*: Más allá de una política pasiva de cárteles de la UE", *Journal of Competition Law and Economics*, 4(1), 89-113, 2007.

minoristas en Louisville, KY. En 2006, la FTC también aplicó screening a los aumentos observados de los precios de la gasolina al investigar la posible manipulación de los precios después de Katrina.¹⁴

Durante más de una década, abogados, periodistas y economistas (incluido yo), han abogado por el uso de screening por todas las partes involucradas en litigios y pre-litigaciones.¹⁵

Como consecuencia, los análisis económicos en general y los screening empíricos en particular, se han vuelto cada vez más cruciales para descubrir algunos de los casos de mayor colusión y conspiración de los tiempos modernos, como discutiremos brevemente en la siguiente sección. Las autoridades de competencia y otras agencias de todo el mundo están utilizando screening para detectar posibles conspiraciones y manipulaciones del mercado. Esto ya era cierto para 2013, como se detalla en las comunicaciones de los países miembros a las comunicaciones de la OCDE de 2013, "Investigaciones de cárteles de oficio y el uso de screening para detectar cárteles", donde hablé junto a los profesores Bill Kovacic y Martin P. Schinkel. Lo es aún más ahora.¹⁶¹⁷

3. Ejemplos de éxitos de screening

Un verdadero "quién es quién" de los puntos de referencia financieros de alto perfil han sido investigados. El primero fue USD LIBOR. En 2008, dos artículos de *Wall Street Journal* utilizaron screening empírico para informar de una posible manipulación destinada a deprimir artificialmente la tasa LIBOR. Estos informes fueron seguidos rápidamente por una investigación que completé con coautores, que presentaron evidencia de una posible colusión entre muchos de los bancos

¹⁴ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, "Investigación de la manipulación de los precios de la gasolina y los aumentos de los precios de la gasolina después de Katrina", la primavera de 2006, disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-investigation-gasoline-price-manipulation-and-post-katrina-gasoline-price/060518publicgasolinepricesinvestigationreportfinal.pdf>.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Donald Klawiter, "Screening de conspiración: Perspectivas prácticas de defensa, *Crónica antimonopolio del IPC*, marzo de 2012(1); Chico (2012); Mena Labarthe (2012); Presentaciones de los panelistas invitados Rosa Abrantes-Metzfactura Kovacic, y M. Peter Schinkel, están contenidas en las "Investigaciones de cárteles de oficio y el uso de screening para detectar cárteles" de la OCDE, <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>; Rosa Abrantes-Metz y Luke Froeb, "Las autoridades de la competencia están examinando las conspiraciones: ¿qué es probable que encuentren?" *El Boletín del Comité de Economía de la Abogacía Americana de la Asociación Americana de Derecho Antimonopolio*, 8(1), 10-16, primavera de 2008 ("Abrantes-Metz & Froeb (2008)"); Rosa Abrantes-Metz, "Es hora de repensar las estructuras deficientes del mercado", artículo de opinión, *Financial Times*, 11 de abril de 2016, ("Abrantes-Metz (FT 2016)"), disponible en <https://www.ft.com/content/f95648f8-d499-11e5-829b-8564e7528e54>.

¹⁶ Ver en general Testimonio de Rosa Abrantes-Metz en nombre de la Oficina del Personal encargado de hacer cumplir la ley, la Fed. Energy Reg. (22 de septiembre de 2014), disponible en http://elibrary.ferc.gov/idmws/doc_info.asp?document_id=14274590; Testimonio de Margaret Levenstein, 19 años, Universidad de Michigan, al Comité del Senado sobre el Subcomité de La Competencia para la Competencia, Política de Competencia y Derechos del Consumidor en "Cartel Prosecution: Stopping Price Fixers and Protecting Consumers" (14 de noviembre de 2013), disponible en <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/11-14-13LevensteinTestimony.pdf>; Rosa Abrantes-Metz & Luke Froeb, "Las autoridades de la competencia están examinando las conspiraciones: ¿qué es probable que encuentren?" *El Boletín del Comité de Economía de la Abogacía Americana de la Asociación Americana de Derecho Antimonopolio*, 8(1), 10-16, primavera de 2008; Abrantes-Metz & Bajari (2009); Cuando Heschelrath, "Nota del economista: ¿Cómo se detectan los cárteles? El uso cada vez mayor de métodos proactivos para establecer infracciones antimonopolio", *Revista de Derecho y Práctica Europeo de la Competencia*, 2010, 1-7; Doane, Froeb, Pinto y Sibley (2015).

¹⁷ Mesa Redonda de la OCDE sobre screening disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>.

participantes mucho antes de la crisis financiera, como se explica en mi artículo de ¹⁸¹⁹*opinión Bloomberg* de febrero de 2013. Las investigaciones se extendieron entonces a otros IBOR, incluidos Euribor, Yen LIBOR y TIBOR, y los bancos han sido multados con varios miles de millones de dólares, con varios casos civiles aún en curso.²⁰²¹

Después de LIBOR llegó el intercambio de divisas (FX), cuando, a mediados de 2013, *Bloomberg* presentó evidencia de una posible manipulación basada en el screening de los movimientos de precios. Posteriormente, los bancos han sido multados con muchos miles de millones de dólares en los Estados Unidos y en el extranjero relacionados con este mercado.²²

Las fijaciones de oro y plata de Londres fueron las siguientes. En mi artículo de *opinión Bloomberg* de diciembre de 2013, sostuve en primer lugar que las grandes caídas de precios observadas en la época de las fijaciones del primer ministro de Londres y silver —cuando el "precio del oro y la plata" para el día se determina a los efectos de muchos contratos derivados— eran consistentes con la colusión para manipular los puntos de referencia. Otro artículo de ²³*Bloomberg* de Liam Vaughan siguió el 28 de febrero de 2014, delineando los resultados adicionales de mi investigación con Metz sobre el oro, que fue seguida rápidamente por aproximadamente 30 demandas sólo en los Estados Unidos. Se presentaron más denuncias en el extranjero y las autoridades de competencia de todo el mundo presentaron investigaciones sobre estos metales, incluido el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Las investigaciones continúan hoy y se han extendido más allá de las fijaciones de Londres a

¹⁸ C. Mollenkamp & L. Norman, "British bankers group intensifica la revisión de Libor ampliamente utilizado", *Wall St. J.* C7, 17 de abril de 2008; C. Mollenkamp y M. Whitehouse, *El estudio pone en duda la tasa clave; El análisis de WSJ sugiere que los bancos pueden haber reportado datos de interés defectuosos para Libor*, *Muro St. J.* A1, 29 de mayo de 2008.

¹⁹ Rosa Abrantes-Metz, Miguel Kraten, Albert Metz y Gim Seow, "Manipulación LIBOR?" *Revista de Banca y Finanzas*, 36, 136-150, 2012, primer borrador de fecha 4 de agosto de 2008 y disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1201389, ("Abrantes-Metz, Kraten Metz Seow (2008-12)"); Rosa Abrantes-Metz, George Judge Sofia Villas-Boas "Seguimiento de la Tasa Libor", *Cartas de Economía Aplicada*, 18, 893-899, 2011; Rosa Abrantes-Metz & Albert Metz, "¿Hasta dónde pueden llegar el screening en la detección de la colusión explícita? Nueva evidencia de la configuración de Libor", *Crónica antimonopolio del IPC*, 1 de marzo de 2012, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021515; y Rosa Abrantes-Metz y D. Daniel Sokol, "Lecciones de Libor para la detección y la disuasión de las irregularidades del cártel", *Harvard Business Law Review Online*, vol 3, pp 10-16, disponible en <http://www.hblr.org/2012/10/the-lessons-from-libor-for-detection-and-deterrence-of-cartel-wrongdoing/>.

²⁰ Rosa Abrantes-Metz, "Cómo usar las estadísticas para buscar a los delincuentes", *Bloomberg*, 26 de febrero de 2013, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2013-02-26/how-to-use-statistics-to-look-out-for-criminals.html>.

²¹ Véase también C. Snider y T. Youle, "Diagnosing the Libor: Strategic Manipulation Member Portfolio Positions", Documento de trabajo, 2009; C. Snider y T. Youle, "¿Refleja el Libor los costos de préstamo de los bancos?" Documento de trabajo, 2010.

²² Liam Vaughan y Gavin Finch, "Las espigas de divisas a 4 P.M. en Londres proporcionan clues de rigging", *Bloomberg*, 27 de agosto de 2013, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2013-08-27/currency-spike-at-4-p-m-in-london-provide-rigging-clues.html>. Abrantes-Metz's el trabajo en FX fue contenido en una queja de diciembre de 2013 presentada en Nueva York, que amplió el análisis de Bloomberg y mostró más evidencia de picos de precios muy anómalos en momentos clave del día cuando se establecen ciertos puntos de referencia. Véase la columna del Cártel del IPC sobre el descubrimiento del rigging FX, 2014, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/from-collusion-to-competition-15th-issue/>.

²³ Rosa Abrantes-Metz, "Cómo evitar que los bancos aparejen los precios del oro", *Bloomberg*, 19 de diciembre de 2013, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2013-12-19/how-to-keep-banks-from-rigging-gold-prices.html>.

los mercados de futuros de metales, a saber, conductas que implican supuestas suplantaciones en los mercados de metales.²⁴²⁵²⁶

El análisis económico y el screening empírico también ayudaron a marcar un cártel italiano en leche para bebés y a un cártel holandés en la industria camaronera. Los screening se han utilizado durante casi dos décadas para identificar posibles comportamientos anticompetitivos en los mercados de gasolina por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Además, como se discutió anteriormente en este artículo, tanto Brasil como México utilizaron screening muy pronto, con gran éxito, y ambos países continúan invirtiendo en estos esfuerzos. En la India, se aplicaron screening para detectar un cártel de cemento. Varios otros programas de seguimiento y detección del mercado han sido adoptados por varias otras autoridades de competencia, según lo informado por los miembros de la OCDE durante la Mesa Redonda sobre Screening de la OCDE de 2013, además de otros, incluida la Autoridad de Competencia de Sudáfrica, con esfuerzos continuos y ampliados por parte de muchos países de América Central y del Sur.²⁷²⁸²⁹

Otras agencias reguladoras de todo el mundo utilizan habitualmente screening para ayudar a detectar conductas ilegales como varios tipos de manipulaciones y fraude, incluyendo la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (SEC) y la Comisión de Comercio de Futuros de Materias Primas de Estados Unidos (CFTC). Otros ejemplos del poder del screening para señalar el comportamiento anticompetitivo en los mercados financieros incluyen las opciones de acciones retroactivos y los casos de primavera de mediados de la década de 2000, y la ruptura en 1994 de una supuesta conspiración por parte de los distribuidores NASDAQ en la que se evitaron las cotizaciones impares. Ambos fueron provocados por académicos y consultores que aplicaban screening a datos financieros y generaban investigaciones públicas a gran escala, así como litigios privados.³⁰

Estos son sólo algunos ejemplos de las aplicaciones exitosas de los screening para ayudar en la detección inicial de puntos de referencia financieros, y ciertamente no son los únicos. Es un universo en crecimiento. No debe haber pocas dudas de que el monitoreo de los datos a través de screening adecuadamente desarrolladas e implementadas es poderoso y eficaz para identificar posibles conductas ilegales.

²⁴ Liam Vaughan, "El estudio Gold Fix muestra signos de una década de manipulación bancaria", *Bloomberg*, 28 de febrero de 2014, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2014-02-28/gold-fix-study-shows-signs-of-decade-of-bank-manipulation.html>.

²⁵ Nicholas Larkin, "London Gold Broker dice swings in Prices No Sign of Manipulation", *Bloomberg*, 5 de marzo de 2014, disponible en <http://www.bloomberg.com/news/2014-03-05/london-gold-broker-says-swings-in-prices-no-sign-of-manipulation.html>; Véase también "La demanda de oro suscita preocupaciones de manipulación del mercado, colusión", *Fortuna*, 8 de marzo de 2014, disponible en <https://fortune.com/2014/03/07/gold-lawsuit-sparks-concerns-of-market-manipulation-collusion/>; entre otras noticias similares.

²⁶ Otro ejemplo es el ISDAfix para los swaps, para los cuales Abrantes-Metz's los screening desempeñaron un papel importante en el apoyo a la evidencia plausible de manipulación y en el descubrimiento de evidencias previamente desconocidas consistentes con la colusión. Véase, por ejemplo, la columna CPI Cartel en el ISDAfix Decisión de 15 de junio de 2016, disponible en <https://www.competitionpolicyinternational.com/isdafix-decision/>.

²⁷ Mena Labarthe (2012).

²⁸ *Oficio* investigaciones de cárteles y el uso de screening para detectar cárteles 2013, la OCDE, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>.

²⁹ "Más allá de la indulgencia: métodos empíricos de detección de cárteles", *American Bar Association Brown Bag Series*, 15 de diciembre de 2011. Presentaciones, diapositivas y audio disponibles en www.americanbar.org.

³⁰ Un resumen de estos estudios se presenta en Rosa Abrantes-Metz, "El poder de los screening para desencadenar investigaciones", *Informe de Litigios de Valores*, 10(10).

4. Clemencia y screening

Desde hace décadas, los programas de clemencia han registrado una exitosa historia de identificación y dismantelamiento de cárteles. La idea esencial es simple: las autoridades recompensarán a un miembro del cártel que se autodelate. Es instructivo considerar por qué las autoridades han confiado tanto en la clemencia en el pasado. En primer lugar, no es particularmente intensivo en recursos para implementar. No requiere la recopilación de grandes cantidades de datos y el empleo de economistas y analistas de datos para tamizar a través del pajar con la esperanza de encontrar la aguja ocasional.

En segundo lugar, casi por definición, es probable que la clemencia tenga una alta tasa de éxito de enjuiciamiento entre las solicitudes seleccionadas para ser investigadas a fondo. Cabe destacar, sin embargo, que las autoridades son reacias a elaborar estadísticas sobre la eficacia general de sus programas de clemencia. Deberíamos tener una mejor idea de cuántas solicitudes de clemencia se revisan e investigan (entre todas las presentadas) y cuántas de ellas no llevan a ninguna parte. Sin embargo, no estamos al tanto de información tan valiosa. ¿Deberían las autoridades seguir dependiendo casi exclusivamente de los programas de clemencia en el futuro?³¹

Antes de que las autoridades investiguen un crimen, alguien debe identificar el crimen. La policía investigará cada informe de personas desaparecidas, pero no llaman a todas las puertas todos los días para asegurarse de que todos estén contados. En su lugar, esperan ("pasivamente") hasta que alguien le *informa* que una persona está desaparecida.

En general, la mayoría de los delitos son reportados por la víctima. El desafío con muchos cárteles es que las víctimas del cártel son difusas, y las víctimas pueden no *saber* que son víctimas. Como cuestión práctica, ¿quién más que un miembro de la conspiración es probable que denuncie el crimen, si incluso las víctimas no lo saben? Es eminentemente sensato que las autoridades de competencia pongan énfasis en la clemencia.

Sin embargo, si bien la clemencia es eficaz y probablemente necesaria, muchas autoridades de competencia ya no creen que debería ser su enfoque casi exclusivo para la detección de cárteles. Por ejemplo, en su Informe del Comité de Cuentas Públicas de 2006, la aplicación de la competencia de la Oficina de Comercio Leal explicó que:

La OFT ha dependido demasiado de las reclamaciones como fuente de su labor de observancia de la competencia. La OFT debería iniciar una mayor proporción de investigaciones por iniciativa propia, en lugar de esperar una queja pertinente.³²

Después de todo, la clemencia no está exenta de sus inconvenientes. Exige a un miembro del cártel que calcule que informar del cártel es más beneficioso que participar en él. Pero si el cártel tiene mucho éxito, lo que significa que su daño social es mucho mayor, entonces es *menos* probable que se autodelate ante las autoridades. Por otro lado, cuanto más eficaz sea el cártel para afectar a los resultados del mercado, más fácil será encontrar a través de técnicas de screening empíricas. En pocas palabras, la probabilidad de detección a través de la clemencia está *disminuyendo* en la eficacia del cártel, mientras que la oportunidad de detección a través del screening está *umentando*.

Si bien los programas de clemencia adecuadamente estructurados son deseables y deben seguir en uso, no hay razón por la que no puedan ser complementados por otros métodos, a saber, la evaluación activa del mercado, y otros programas. He hecho este argumento a lo largo de los años (véase, por

³¹ Rosa M. Abrantes-Metz y Albert D. Metz, "El futuro de la disuasión y detección del cártel", *Competition Policy International, Crónica Antimonopolio*, enero de 2019.

³² Cámara de los Comunes, Comité de Cuentas Públicas, "Hacer cumplir la competencia en los mercados", Cuadragésimo-segundo Informe de la Sesión 2005-06, página 5.

ejemplo, Abrantes-Metz (2013)). Esto es especialmente cierto dado el gran éxito que los screening han tenido durante al menos la última década. Y esta es exactamente la tendencia que estamos observando, la complementariedad en las herramientas aumenta el éxito. ¡Sigamos así!³³

³³ "Mesa redonda en *Oficio* Investigaciones de cárteles y el uso de screening para detectar cárteles, A Paper de Rosa M. Abrantes-Metz"Preparado para la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, Comité de Competencia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, para su debate en su reunión celebrada el 31 de octubre de 2013, OCDE, París.

Brasil: Nuevas técnicas de investigación para luchar contra los cárteles – “Proyecto Cerebro”
por Alexandre Cordeiro Macedo y Raquel Mazzuco Sant'Ana



*Alexandre Lamb Macedo*³⁴



*Raquel Mazzuco Sant'Ana*³⁵

Introducción – La importancia de las diferentes técnicas de investigación para luchar contra los cárteles

La política de lucha contra los cárteles sigue formando parte de la amplia gama de preocupaciones y objetivos del CADE, la autoridad antimonopolio brasileña. La lucha contra los cárteles ganó impulso y se convirtió en una prioridad para el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia a principios de siglo, cuando se aprobó la Ley 10149 en 2000. Esta nueva Ley introdujo cambios significativos en la Ley 8884/94, tales como mecanismos de investigación que permitieron obtener pruebas más sofisticadas, como búsquedas e incautaciones, y acuerdos de clemencia.

Después de que el CADE declarara varias empresas culpables de conductas de cartel por primera vez (el caso del Cartel de Acero en 1999), la prioridad de la agencia gradualmente llegó a estar investigando actividades anticompetitivas, a las que generalmente imponía multas severas por infracciones. A partir de 2012, cuando se promulgó la actual Ley de Competencia vigente en Brasil, Ley 12529/2011, el país comenzó a aplicar una política de institucionalización efectiva para luchar contra los cárteles, una política más estructurada que otorga más autonomía para las investigaciones, centrándose en los cárteles nacionales, los sectores estratégicos y las contrataciones públicas.

El uso de diferentes técnicas de investigación para combatir el comportamiento anticompetitivo contribuye a una estrategia más eficaz para la detección de cárteles. Al comienzo de cualquier investigación se debe considerar la necesidad de adoptar diferentes estrategias, ser creativo y proactivo, hacer uso de los conocimientos adquiridos en casos anteriores y, más que nunca, confiar en un sistema de inteligencia, que transforme la información en conocimiento.

³⁴ Alexander Cordero M Es el Actual Superintendente-General De Cae y ex Comisario de Cade. él Es a Visitar Erudito Y Internacional Compañero De el Global Antimonopolio Instituto De el Antonin Scalia Ley Escuela – Jorge Mason Universidad En Washington Dc. Alexander Es el Autor De Varios Artículos En Libros, Revistas aNd Periódicos, Y tiene Impartidas En Varios Eventos Y Universidades En Brasil Y Extranjero, Incluido Harvard Ley Escuela Y Noroeste Universidad.

³⁵ Raquel Mazzuco Sant'Ana es el Superintendente General de Asesoramiento del CADE. Doctorado en Derecho y Economía en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Se inscribió en el 38th Pincade - Programa de intercambio de Cade (2018). Raquel es autora de varios artículos y coautora de un libro llamado "La evidencia del estado de turno es un negocio legal".

Sobre esta base, CADE creó una unidad destinada a analizar la información con énfasis en el desarrollo de dichas técnicas de investigación, tanto de forma colaborativa como proactiva. El primero aparece como acuerdos firmados con los infractores (acuerdos de clemencia, y acuerdos de cese y desistimiento). Si bien la investigación proactiva implica técnicas de elaboración, es decir, se basa en quejas y podría combinarse o no con otras herramientas de detección (como búsquedas e incautaciones, estudios de mercado, poder para solicitar información, interfaz con investigaciones criminales, cooperación con la comunidad internacional y sistemas de inteligencia).

Vale la pena recordar que la combinación de estos métodos proporciona un entorno favorable para el desarrollo de instrumentos de detección más eficaces. La investigación proactiva trae beneficios, incluyendo el impulso de la investigación colaborativa, ya que también aumenta la probabilidad de detectar la colusión, mediante la creación de desconfianza dentro de la organización criminal, efectivamente impulsar la carrera entre los delincuentes para cooperar con la agencia. Es un ciclo en el que los dos tipos de investigación se estimulan entre sí. Por lo tanto, los incentivos establecidos en la política de lucha contra los cárteles deben tener en cuenta la probabilidad de detectar estas conductas, y no sólo la gravedad del castigo —las sumas de las multas—, a fin de tener el efecto disuasorio esperado y mejorar la calidad de los instrumentos de investigación.

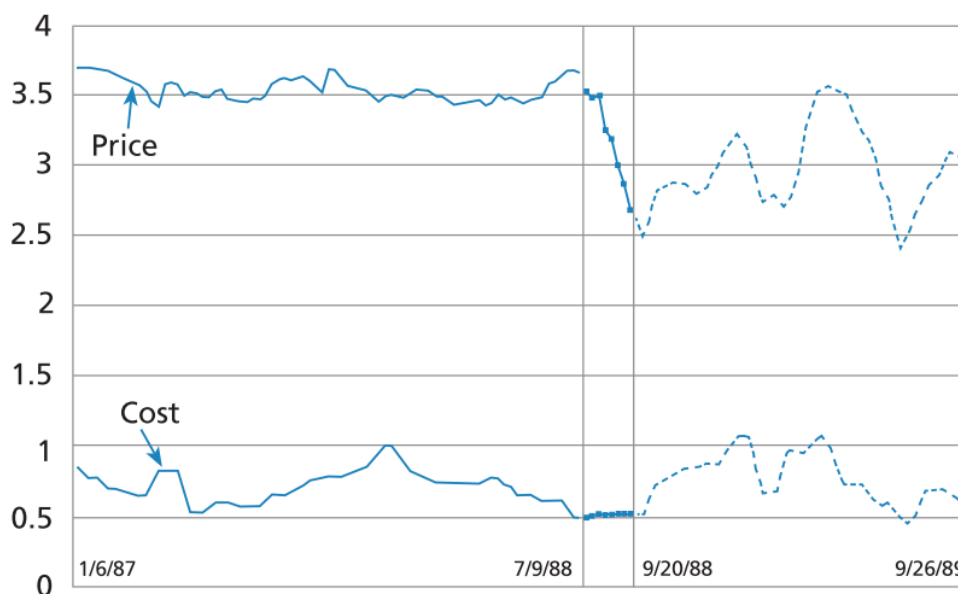
Nuevas técnicas de investigación y la prioridad dada a las investigaciones sobre los cárteles de manipulación de ofertas

Con el paso del tiempo y la experiencia de los cartelistas aumentaba en cuanto a los medios para romper las normas de competencia, la autoridad antimonopolio brasileña señaló que el protocolo tradicional para investigar las licitaciones colusorias era ineficiente, ya que realizaba análisis superficiales de las ofertas, accediendo a los datos y arriesgando la confidencialidad de la investigación, además de utilizar únicamente herramientas limitadas.

La estrategia de la autoridad antimonopolio brasileña de utilizar filtros económicos para analizar grandes cantidades de datos sobre procedimientos de licitación y la estrategia de análisis de prácticas concertadas por agentes económicos, se basa en la definición de Rosa Abrantes-Metz, quien, con respecto a los filtros económicos, declaró que son mecanismos para identificar comportamientos colusivos mediante el uso de un análisis económico y estadísticas. Abrantes-Metz también habla sobre la importancia de aplicar filtros de variación, teniendo en cuenta que la variación de los precios está relacionada con la coordinación entre los agentes económicos, y en caso de colusión, se espera una menor variación de los precios.

Abrantes-Metz, Froeb, Geweke y Taylor (2005) adoptaron una técnica de ingeniería inversa, partiendo de un cártel que ya había sido detectado y encontrado culpable, y observando las variables elegidas de acuerdo con la disponibilidad de datos, se mapeó el comportamiento de los participantes antes y después de la detección del cártel. La investigación se basó en un caso de un cártel que había sido declarado culpable por el Departamento de Justicia y estaba relacionado con empresas que vendían pescado congelado al ejército estadounidense en Pensilvania. Implicaba el análisis de los datos de todas las ofertas realizadas, como los precios cobrados y su relación con los costes. En comparación con el comportamiento esperado en un mercado competitivo, se observó que había costes que no coincidían con la variación de los precios. Tras la detección del cártel por la autoridad, el precio del producto disminuyó considerablemente, como puede verse en el cuadro que figura a continuación:

FIGURE 1 Frozen Perch Prices and Costs: 1/6/87 - 9/26/89



En ese momento, la Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Hacienda (SEAE), en colaboración con la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE), elaboró un filtro económico destinado a detectar pruebas de las actividades del cártel en el sector de los combustibles al por menor, con el fin de trazar un mapa de los lugares donde el comportamiento de los precios era atípico, es decir, no coincide con lo que sucede en los mercados competitivos. Esta fue la primera iniciativa en la que el SBDC utilizó datos de márgenes y precios cobrados en un intento de priorizar y tener pruebas más sólidas vinculadas a las investigaciones locales sobre prácticas concertadas entre empresas.

Estas investigaciones comenzaron a centrarse en los cárteles de manipulación de ofertas, teniendo en cuenta algunas circunstancias tales como: lo fácil que es tener acceso a los datos públicos (en comparación con los mercados privados), la experiencia del personal del CADE, y la existencia de asociaciones institucionales para compartir información relacionada con investigaciones penales. Además, la tipología de los cárteles de manipulación de ofertas tiene estrategias fijas en todas las partes del mundo, es decir, independientemente de la realidad institucional de cada país, las empresas aplican la misma estrategia para eventualmente llegar a un acuerdo ilegal a las ofertas públicas de fraude: cubrir las ofertas, la supresión de ofertas, la rotación de ofertas, la subcontratación y la colusión.

Por lo tanto, la tendencia a realizar investigaciones sobre licitaciones colusorias se deriva de condiciones favorables que se encuentran en estos mercados para la formación de cárteles: previsibilidad de la contratación, publicidad, interacción frecuente, número de competidores, barreras de entrada y lo difícil que es para los gobiernos que adquieren bienes y servicios en el mercado actuar contra él. Como resultado, a partir de la promulgación de la Ley 12529 de 2011, hasta 2019, los casos de licitaciones colusorias investigados por el CADE representaron aproximadamente el 50% de las investigaciones en curso en la Superintendencia General, el 30% de las condenas del Tribunal (a partir de 2012), el 50% de los acuerdos de clemencia firmados y el 75% del total de contribuciones financieras vinculadas a los acuerdos de cese (que representa más de 1.5 mil millones de reales).

El Proyecto Cerebro

En este contexto, a partir de 2013, el CADE pasó a mejorar sus nuevas técnicas y herramientas para reunir pruebas de la actividad del cártel, especialmente las licitaciones colusorias, mediante la creación de un filtro económico, basado en las experiencias de las agencias asociadas y otras autoridades antimonopolio que utilizan técnicas de aprendizaje automático, minería de datos y técnicas de screening (filtros económicos). El desarrollo de Brain Project también se inspiró en la hipótesis de que en algunos mercados hay indicadores que se ven afectados por la existencia de un cártel, es decir, que hay efectos de comportamiento colusorio que es poco probable que ocurra en un mercado competitivo.

Las primeras iniciativas contaron con estudios de prácticas internacionales que involucran tecnología de la información para detectar conductas anticompetitivas, como las aportaciones realizadas por los países que participaron en la *Mesa Redonda sobre investigaciones de cárteles de oficio y el uso de screening de cárteles de detección, celebradas* en octubre de 2013, lo que permitió el aprendizaje brasileña con la experiencia proporcionada por el uso de técnicas innovadoras en otras jurisdicciones, así como los desafíos a los que se enfrenta en proyectos similares.

Las autoridades federales brasileñas con experiencia en big data, como el Tribunal de Cuentas de Brasil (TCU), el ex Ministerio de Transparencia, Supervisión y Control (MTFC) y el Consejo para el Control de la Actividad Financiera (COAF), también guiaron y apoyaron al CADE en su esfuerzo por centrarse en las contrataciones públicas y en iniciar el proyecto, considerando la base de datos mucho más grande disponible. El diseño inicial era importante para que la agencia experimentara con diferentes técnicas y las mejorara con el tiempo.

En 2014, el Proyecto Cerebro entró en su segunda fase, en la que se contrataron especialistas en minería de datos como consultores para desarrollar herramientas analíticas, que se basaron en el trabajo realizado por el equipo técnico responsable de la lucha de los cárteles, así como por especialistas del Departamento de Estudios Económicos del CADE (DEE). Estos consultores proporcionaron una interfaz llamada "Cerebro" con herramientas de minería de datos y filtros económicos al equipo técnico de CADE.

El mecanismo tiene por objeto detectar pruebas de los cárteles de manipulación de ofertas, es decir, patrones de comportamiento de un evento simulado, como las contrataciones públicas con sumas similares. A tal fin, hace uso de datos relacionados con el precio, las ofertas, los costes de fabricación, el margen de beneficio, las barreras de entrada, la cuota de mercado y la econometría espacial.

En resumen, el Proyecto Cerebro es un sistema de inteligencia artificial que desarrolla algoritmos programados para detectar comportamientos sospechosos, mediante el uso de una amplia base de datos para cruzar información y producir resultados que indican si hay signos de colusión entre competidores en ciertos procesos de adquisición.

A continuación, se llevan a cabo pruebas de screening para comparar las propuestas en las ofertas, en un intento de comprobar si existen similitudes con patrones sospechosos basados en pruebas econométricas, modelando lo que se espera de un mercado competitivo y haciendo una comparación con el análisis del comportamiento real del mercado.

El primer aspecto que garantiza el funcionamiento del proyecto es tener acceso a una base de datos de adquisiciones públicas estatales o locales disponibles y poder acceder a facturas electrónicas. Los datos recopilados deben ser fiables. Esta es la razón para centrarse en las contrataciones públicas, ya que las compras públicas tienen especificidades que favorecen los acuerdos entre los proveedores y

los datos están disponibles en el sistema electrónico de contratación pública. Además de los datos, es necesario que el proyecto siga una metodología y que los recursos informáticos estén disponibles.

Así, podemos resumir el proyecto de la siguiente manera: benchmarking internacional, obtención de una base de datos, consultoría externa (técnicas de minería de datos y métodos estadísticos), validación y aplicación.

En las fases de validación y aplicación, el sistema busca la contención de la oferta, las ofertas de cobertura, la prevalencia de las ofertas descalificadas, la división del mercado, los patrones de precios y las similitudes entre las propuestas.

Al examinar los datos, el sistema accede y detecta información como: metadatos relacionados con propuestas; ofertas con sumas idénticas (diferentes del valor de referencia); la tasa de éxito de los artículos y subastas; ofertas no competitivas; si la distribución de dígitos está de acuerdo con la Ley de Bedford; comparación entre la descripción de los artículos ofrecidos; identificación del lugar de establecimiento de la persona jurídica.

Estos resultados se pueden obtener identificando a los socios de estas empresas, de dónde proceden las ofertas, los metadatos relacionados con las propuestas y el ordenador del que se originó la oferta y las sumas de las ofertas. Al final, si la conclusión llegó a ser que no hay otra explicación que la colusión entre competidores para dar cuenta de los datos encontrados es una señal para comenzar a buscar otras pruebas.

La inteligencia artificial de Cerebro se ha utilizado en muchas investigaciones públicas, incluyendo operaciones llevadas a cabo por la Policía Federal de Brasil, para identificar a las empresas involucradas en presuntos cárteles. Un ejemplo es la Operación Meeting Point, que se llevó a cabo en asociación con la Policía Federal, y se inició a raíz de una sola queja ante el CADE que implica evidencia de la actividad del cártel y del uso de empresas de conchas. Con el sistema Brain Project, fue posible identificar 4.779 adquisiciones en las que participaron las empresas involucradas en el presunto cártel. El sistema también permitió la identificación de signos de rotación de ofertas y licitaciones de cobertura (mediante pruebas estadísticas). Así, 16 empresas fueron seleccionadas, debido al mayor riesgo de su participación en la colusión, y fueron objeto de búsquedas e incautaciones autorizadas a través de órdenes judiciales (que se llevaron a cabo el 31 de octubre de 2018).

Consideraciones finales

A pesar de experimentar mejoras continuas, como cualquier otro proyecto innovador, Cerebro también tiene ciertos desafíos que superar. Hoy en día, el principal desafío se refiere a ampliar el uso del análisis de datos para detectar cárteles en otros escenarios y mercados, y acceder y manipular dichos datos. Además, también existen otros retos relacionados con los recursos humanos (principalmente la dificultad que implica la formación y la contratación de especialistas), la institucionalización del proyecto (incorporación del proyecto dentro del marco institucional) y el enfoque en los usuarios finales (el desarrollo de los parámetros requiere que el empleado técnico tenga conocimientos y experiencia específicos con el comportamiento del cártel, que son indispensables para detectar evidencia de colusión). Esto se suma a la necesidad de revisiones y mejoras en curso.

Con respecto a las pruebas estadísticas obtenidas a partir de los datos, tal vez el mayor desafío hoy en día es considerar si el Tribunal y las autoridades antimonopolio de todo el mundo utilizarán las pruebas reunidas para condenar a las partes involucradas en la conducta anticompetitiva.

Por último, es esencial recordar la importancia de la cooperación interinstitucional para que el proyecto continúe, dada la dificultad que entraña la minería de datos y la multiplicidad de bases de datos, y considerando que la cooperación entre autoridades es lo que permite el intercambio de información y datos destinados a intensificar y coordinar las acciones destinadas a luchar contra los cárteles, garantizando así investigaciones más eficientes y oportunas. La idea es ampliar su uso y el número de usuarios, a través de iniciativas de gobierno abierto y, posiblemente, mediante la integración de bases de datos (como ComprasNet) para aplicaciones en tiempo real.

Costa Rica: Actualización y perspectivas del nuevo programa de clemencia en Costa Rica

(por Mariana Castro Sotela)



Por Mariana Castro Sotela³⁶

Introducción

Este documento aborda el nuevo programa de clemencia establecido en Costa Rica mediante la reforma integral a su régimen de competencia. Primero se describirá brevemente la experiencia en Costa Rica respecto de los cárteles duros. Luego se proporcionará una descripción detallada del nuevo programa de clemencia, lo que implica cómo funciona, analizando varias particularidades, de este nuevo programa que fue incluido con el fin de alinear a Costa Rica con las mejores prácticas internacionales y estándares de la OCDE en el campo de la competencia.

Finalmente, el documento considera algunos desafíos que el programa pueda tener, y establece las perspectivas del programa para los próximos años, así como las posibles externalidades positivas en otras economías centroamericanas.

Experiencia previa de Costa Rica sobre cárteles duros

Desde sus inicios, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) ha buscado la efectiva implementación de la ley antimonopolio a través de la investigación y prohibición de prácticas anticompetitivas.

En Costa Rica, una número de acuerdos anticompetitivos horizontales, que podrían describirse en términos generales como cárteles duros, se denominan prácticas monopolísticas absolutas y se definen como cualquier acto, contrato, acuerdo, convenio o combinación de los mismos, entre empresas que son actuales o potenciales competidores, y que están destinados a fijar precios, restringir la producción, distribuir mercados, manipular licitaciones (licitación colusoria) negativa de compra o venta de bienes o servicios (boicots colusorios), así como cualquier intercambio de información cuyo objeto o efecto sea alguno de los fines antes mencionados. Asimismo, la ley costarricense establece la aplicación de la “regla per se” a los cárteles duros, lo que significa que estos tipos de acuerdos son legalmente nulos (es decir, no se pueden hacer cumplir legalmente) y no pueden ser justificados por afirmaciones de eficiencia, ya que la ley presume su ineficiencia de manera concluyente, todo lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia nacional.

³⁶ Mariana Castro Sotela fue presidenta de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) hasta el 18 de setiembre de 2020. Tiene una maestría en Derecho de la Competencia del King's College London. Las opiniones expresadas en este artículo son personales y no reflejan las de las organizaciones aquí mencionadas. Correo electrónico: mcastrosotela@gmail.com.

En sus primeras etapas, la autoridad nacional de competencia fue muy eficaz en su acción contra los cárteles duros, investigando en total 16 cárteles duros en sus primeros 10 años de existencia. En su mayoría, esas decisiones fueron ratificadas por los tribunales judiciales. Este éxito obedeció a dos factores principales; primero, La COPROCOM no tenía la obligación de notificar una fusión ex ante, lo que significaba que podía dedicar la mayor parte de sus recursos (ya escasos) para investigar tales prácticas; y, en segundo lugar, las empresas no conocían bien las leyes de competencia y, por lo tanto, publicaron con orgullo en periódicos y prensa en general los acuerdos anticompetitivos adoptados por ellas y sus competidores, o bien, las reuniones informativas entre las partes adheridas al cártel, llamaron la atención de la COPROCOM lo que hizo que el proceso de detección fuera particularmente sencillo para la autoridad.

En 2012, después de que a la COPROCOM se le otorgó la obligación de revisar las notificaciones de fusión ex ante, el número de investigaciones sobre supuestos casos de cárteles disminuyó significativamente, debido al hecho de que la obligación de análisis de fusión absorbió gran parte de los recursos de COPROCOM, y también porque, a lo largo de los años, las empresas se habían vuelto más conscientes de la legislación antimonopolio aplicable y de las posibles consecuencias de sus acciones. Esto no significó necesariamente que ellas ya no se hayan cartelizado más, sino que, al menos, ya no publicaron sus intenciones en la prensa. Además, en 2012 se incorporó a la ley de competencia costarricense la facultad de realizar visitas de inspección. Sin embargo, no se le otorgó a la autoridad ningún recurso humano o financiamiento para llevar a cabo esta nueva obligación. No es necesario decir que, sin los recursos o herramientas adecuados para un programa exitoso de visitas de inspección, no se puede realizar una redada por la autoridad.

El 9 de abril de 2015, el Consejo de la OCDE decidió iniciar discusiones de adhesión con Costa Rica. Posteriormente se adoptó la hoja de ruta para la Adhesión de Costa Rica a la Convención de la OCDE, que estableció tres Principios Básicos de los instrumentos legales de la OCDE sobre política de competencia:

- Asegurar la aplicación efectiva de las leyes de competencia mediante el establecimiento y funcionamiento de disposiciones legales, sanciones, procedimientos, políticas e instituciones apropiadas;
- Facilitar la cooperación internacional en investigaciones y procedimientos que involucran la aplicación de leyes de competencia; e,
- Identificar, evaluar y revisar activamente las políticas públicas existentes y propuestas cuyos objetivos podrían lograrse con un efecto menos anticompetitivo, y asegurar que personas u organismos gubernamentales con experiencia en competencia participen en el proceso de evaluación de la competencia.

Luego de la Revisión de Adhesión de 2016, el Comité de Competencia informó a Costa Rica sus recomendaciones prioritarias, por lo que, para atender dichas recomendaciones, Costa Rica creó una comisión interdisciplinaria e interinstitucional a cargo de reformar el marco de la ley de competencia de Costa Rica a través de la Ley 9736 (la "Ley de reforma de la competencia").

El nuevo programa de clemencia

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, para implementar las recomendaciones del Comité de Competencia y así alinear aún más a Costa Rica con los estándares de la OCDE y las mejores prácticas internacionales, la COPROCOM apostó por introducir un programa de clemencia en la Ley de Reforma Integral de la Competencia, promulgada en noviembre de 2019.

Los programas de clemencia son una de las herramientas más eficaces para detectar cárteles y obtener evidencias que demuestren su existencia y efectos. En la mayoría de los países donde se han implementado programas de clemencia han tenido un resultado exitoso al disuadir la creación y

debilitar el mantenimiento de cárteles³⁷. Además, las sanciones más importantes impuestas a los cárteles en otros países se basaron en información obtenida de colaboradores a través de un programa de clemencia. Es seguro decir que los programas de clemencia son una de las herramientas que han llevado al aumento de la capacidad investigadora de las autoridades de competencia en todo el mundo, en los últimos años.

El programa de clemencia de Costa Rica toma en consideración las mejores prácticas internacionales. Los acuerdos horizontales están sujetos al derecho administrativo impuesto por COPROCOM. Cualquier empresa o individuo que incurriera, asistiera, promoviera, alentara, indujera, participara o participa actualmente en una práctica monopólica absoluta tiene la oportunidad de ‘convertirse en un colaborador’ o revelar a la autoridad de competencia³⁸ correspondiente la ejecución de dichas prácticas. A cambio, podrán beneficiarse con la exoneración de la multa o su correspondiente reducción.

El programa prevé una exoneración del 100% (una multa de cero) a la primera empresa o individuo que colabore, siempre y cuando proporcione evidencia veraz y demuestre la práctica que fue desconocida por la autoridad, y que la evidencia sea útil para realizar una visita de inspección que pruebe una conducta anticompetitiva absoluta. Esta exención es extensiva a los representantes legales de las empresas, o a los individuos que sean miembros de los órganos de gobierno que hayan intervenido en el acuerdo ilícito, siempre que cooperen con la autoridad de competencia correspondiente hasta la emisión de la resolución final del procedimiento especial.

Además, la Ley de Reforma de la Competencia establece una reducción del 50% de las multas aplicables para la segunda parte que denuncie, el 30% para la tercera y el 20% para el cuarto colaborador, siempre que la evidencia que proporcione sea nueva y útil para la autoridad de competencia. Esta reducción es extensiva en el mismo porcentaje a los representantes legales de las empresas, o a los individuos que sean miembros de los órganos de gobierno que hayan intervenido en el acuerdo ilícito, siempre que hayan colaborado con la autoridad de competencia correspondiente hasta la emisión de la resolución final del procedimiento especial.

Se aplican todas las exenciones y reducciones anteriores, siempre que los solicitantes cumplan con 3 requisitos básicos:

- a) Deben cooperar, de manera plena y continua, con la autoridad de competencia durante el proceso de investigación y durante todo el proceso (como está establecido, en el reglamento de la Ley de Reforma de la Competencia).
- b) Deben dar por terminada su participación en el acuerdo horizontal de inmediato y según lo indicado por la autoridad de competencia correspondiente.
- c) No deben haber tomado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Asimismo, la autoridad de competencia debe mantener la confidencialidad de la identidad de las empresas que buscan beneficiarse del programa de clemencia, así como la información proporcionada por ellas, en la mayor medida posible. Adicionalmente, para promover y asegurar el éxito del programa de clemencia, como se mencionó, las autoridades de competencia también tienen la facultad de realizar visitas de inspección, y la nueva ley establece multas disuasorias que podrían ascender al 10% de la facturación de la empresa infractora para el ejercicio fiscal anterior.

³⁷ UNCTAD (2010), El uso de programas de clemencia como herramienta para la aplicación de la ley de competencia contra cárteles incondicionales en países en desarrollo, https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d4_en.pdf

³⁸ Costa Rica tiene dos autoridades de competencia. COPROCOM como autoridad nacional de competencia y SUTEL como regulador sectorial en telecomunicaciones.

Una particularidad importante incluida en la Ley de Reforma de la Competencia es la protección parcial para el primer colaborador de los daños civiles causados por la infracción. Esta nueva ley establece que el primer colaborador solo será responsable de los daños civiles de forma subsidiaria a los demás infractores. Esto significa que el primer colaborador solo será responsable en caso de que otros colaboradores o infractores no puedan pagar el monto total otorgado en concepto de daños y perjuicios por los tribunales.

Además, la nueva ley introduce el programa de Clemencia Plus. Este programa permite a un cartelizado que no logró obtener una inmunidad completa o una reducción de la multa mediante el programa general de clemencia, obtener inmunidad y una reducción adicional de la multa aplicable, a cambio de la cooperación con la autoridad de competencia en relación con el funcionamiento de otros acuerdos horizontales prohibidos y que sean desconocidos por la autoridad. De esta manera, a un cartelizado se le puede conceder una reducción del 50% de la multa del cartel original y también podría recibir una inmunidad total del 100% de la multa aplicable del "cartel adicional" informado.

El reglamento ejecutivo de la Ley de Reforma de la Competencia (actualmente en consulta pública) establece en detalle el procedimiento bajo el cual se aplica los beneficios de clemencia que deben ser requeridos y resueltos, así como el funcionamiento de marcador.

Retos en adelante

Sin perjuicio de lo antes mencionado, está claro que los programas de clemencia son efectivos solo si:

- a) las sanciones impuestas a los cartelizados que no solicitan clemencia son significativas y predecibles hasta cierto punto;
- b) la aplicación anti-cártel es suficientemente activa para que los miembros del cártel crean que existe un riesgo significativo de ser detectados y sancionados si no solicitan clemencia;
- c) el programa de clemencia es riguroso y logra proteger la confidencialidad de los solicitantes; y,
- d) el programa de clemencia es lo suficientemente transparente y predecible para permitir que los solicitantes potenciales conozcan cómo los tratará la autoridad de competencia³⁹.

Por esta razón, COPROCOM, como autoridad nacional de competencia, tiene varios desafíos importantes en adelante:

1. Primero, se debe fortalecer la percepción de la COPROCOM como un ejecutor activo y riguroso, lo que llevaría a los emprendimientos a preocuparse por la probabilidad de detección. La autoridad debe tener un sólido historial de detección de cárteles independientemente de su programa de clemencia.
2. Del mismo modo, los conspiradores que no soliciten o no califiquen para la clemencia deberían recibir severas sanciones, de modo que los solicitantes de clemencia estén en mejores condiciones que los no solicitantes (no menos ventajosa posición). De esta forma la imposición de multas disuasorias sirve como un elemento relevante para el análisis de costo-beneficio que realizan los posibles colaboradores.
3. Además, mediante las facultades de defensa de la autoridad, la COPROCOM debe asegurar que el programa de clemencia, así como sus opciones y procedimientos, sean bien conocidos por el público, a fin de brindar transparencia y certeza jurídica para que las empresas cumplan con el programa. Se deben tomar medidas importantes para preservar la confidencialidad de

³⁹ UNCTAD (2010), El uso de programas de clemencia como herramienta para la aplicación de la ley de competencia contra cárteles incondicionales en países en desarrollo, https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d4_en.pdf

los colaboradores. El público debe confiar en la forma en que COPROCOM administra el programa de clemencia.

4. Además, la COPROCOM debe garantizar, mediante el reglamento de la Ley de Reforma de la Competencia, que el programa no se utilizará para evitar o reducir sanciones sin brindar información adecuada y suficientemente valiosa a juicio de la autoridad.
5. La constante revisión y autocrítica por parte de COPROCOM es fundamental para optimizar y perfeccionar continuamente el diseño y la organización de su programa de clemencia para asegurar su éxito en el tiempo. La COPROCOM también se beneficiaría de una amplia consulta pública que se llevaría a cabo al proponer cambios en su programa de clemencia y considerar la retroalimentación que recibiría de los solicitantes.
6. Fortalecer la cooperación con otras agencias de competencia, en particular para casos de cárteles transfronterizos y solicitudes de clemencia paralelas a varias jurisdicciones, donde la coordinación de la aplicación puede ser crucial.

Todos los aspectos anteriores han sido considerados en el reglamento de la Ley de Reforma de la Competencia o se detallarán en los lineamientos que para tal efecto están redactando las autoridades de competencia.

Perspectivas y posibles externalidades positivas

Estamos seguros de que este programa de clemencia será una herramienta particularmente valiosa para la detección de cárteles en Costa Rica.

No obstante, somos conscientes de que existe cierta reticencia a la efectividad de los programas de clemencia para las economías en desarrollo como la nuestra, presumiendo su eventual fracaso o desuso tanto por el tamaño de la economía, como por el tamaño de su población. Sin embargo, los posibles beneficios que un programa de clemencia podría proporcionar eventualmente a una autoridad de competencia, lo hacen de alguna manera especulativo para simplemente pasarlo por alto, solo porque uno duda de su efectividad futura.

Al no contar con una herramienta tan importante, se cierra la posibilidad de mejorar en términos de investigaciones de cárteles cada vez más eficientes, en la eficacia de las visitas de inspección y en la preparación de decisiones sobre infracciones basadas en evidencia irrefutable sobre la existencia de un cártel (generalmente documentales), lo que dará una mayor posibilidad de ser confirmada por los tribunales judiciales. Todo esto permitirá alcanzar rápidamente el objetivo final de nuestro trabajo como agencias de competencia: restablecer las condiciones adecuadas de competencia en los mercados en cuestión, para el beneficio final de los consumidores.

Si a través de este programa de clemencia las autoridades de competencia de Costa Rica logran descubrir y desarmar al menos un cartel, el programa habrá valido la pena, a favor de todos los costarricenses.

Además, no solo esperamos que el nuevo programa cause un impacto positivo y significativo en la aplicación de los cárteles en Costa Rica, sino también a nivel regional, ya que las investigaciones futuras pueden resaltar en los países vecinos la importancia de los programas de clemencia para detectar cárteles, o incluso; los casos costarricenses pueden proporcionar y sacar a la luz más hechos o acusaciones sobre acuerdos anticompetitivos relacionados en la región. Si más países de Centroamérica adoptan un programa de clemencia, esto eventualmente podría conducir a la convergencia de nuestros programas de clemencia a nivel regional, lo que puede reducir los costos y la carga de las solicitudes de clemencia y podría ayudar a mantener los incentivos para su aplicación.

En conclusión, COPROCOM está ansiosa por implementar su nuevo programa de clemencia en beneficio de los consumidores costarricenses y posiblemente también de los consumidores centroamericanos. Esperamos que este programa tenga un impacto positivo significativo a lo largo de los años en el cumplimiento de los cárteles en el país. El impacto total y la dimensión del programa

aún están por verse, pero estamos seguros de que este es un gran paso en la dirección correcta para Costa Rica.

El Salvador: clemencia y cumplimiento: el nexo interdisciplinario

por Evelyn Olmedo Amaya



por Evelyn Olmedo Amaya⁴⁰

Introducción

En El Salvador, el diseño de una estrategia de abogacía de la competencia dirigida a fomentar el uso de programas de cumplimiento de la ley de competencia y los esfuerzos para promover la política de clemencia evidenciaron la idoneidad de una perspectiva interdisciplinaria. Uno que considere la influencia de factores históricos sobre la cultura empresarial contemporánea y se beneficie de los conocimientos de las ciencias sociales y del comportamiento. Este descubrimiento, que se aborda aquí de un vistazo, puede ser beneficioso para otros países en desarrollo con antecedentes similares.

Los orígenes

La Ley de Competencia (LC) de El Salvador entró en vigencia el 1 de enero de 2006 y ha sido modificada dos veces. Su única reforma integral ocurrió en octubre de 2007, introduciendo, entre otros, la facultad de realizar visitas de inspección y la posibilidad de que los agentes económicos se acojan a la clemencia por prácticas anticompetitivas entre competidores. Esas mejoras fortalecieron los esfuerzos anti-cártel de la Superintendencia de Competencia (SC). En 2008, el SC utilizó por primera y única vez su facultad para realizar una visita de inspección en la investigación de la harina de trigo, encontrando evidencia clave de un cártel. Ese caso concluyó con las dos multas más altas impuestas hasta la fecha por la SC a los agentes económicos.

Por el contrario, un agente económico nunca se acogió a la clemencia. La SC ha sensibilizado de forma persistente sobre su política de clemencia y ha entregado su publicación informativa sobre la figura de la clemencia en la ley de competencia en actividades de abogacía para agentes económicos. De acuerdo con el artículo 39 de la LC, el beneficio para el primer solicitante -siempre que cumpla con todos los requisitos legales para obtener la clemencia- sería la no aplicación de los criterios de infracción especialmente grave al momento de fijar la multa. Esto resultará en una suma menor.

Los desafíos

⁴⁰ Evelyn Olmedo Amaya trabaja como analista de asuntos interinstitucionales y cooperación en la autoridad de competencia (SC) de El Salvador. Tiene un LL.M en Derecho y Políticas Económicas Internacionales de la Universidad de Barcelona y un B.IR de la Universidad de El Salvador. Las opiniones expresadas en este artículo son personales y no necesariamente reflejan las de las organizaciones mencionadas. Correo electrónico: eolmedo@ielpo.org y eolmedo@sc.gob.sv.

Con respecto de la falta de solicitudes de clemencia, de acuerdo con la última revisión de la peer review realizado por OCDE de la ley y la política de competencia de El Salvador (2019), se sugirió que la LC sugiere que la CL no ofrece incentivos suficientemente atractivos, un modesto efecto disuasorio de las multas y la ausencia de un procedimiento detallado para las aplicaciones de clemencia de acuerdo con el marco legal. Se concluyó que el régimen de clemencia debería reformarse de conformidad con la práctica internacional.

El SC ha promovido reformas a la LC -aunque con modestos avances- desde 2013. Las modificaciones sugeridas -hasta el análisis del SC's a principios de 2020- han perseguido persistentemente mejoras en la clemencia. No obstante, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, un factor igualmente relevante, pero que con frecuencia se pasa por alto para impulsar las solicitudes de clemencia, es el impacto de las condiciones históricas de competencia sobre la cultura empresarial contemporánea (por ejemplo, la claridad sobre lo que implica una cultura empresarial procompetitiva o la aprehensión de una alternativa de indulgencia para los cartelizados).

La cultura empresarial contemporánea de El Salvador tiene sus raíces en la actitud histórica hacia la competencia y los cárteles que aquí se ejemplifica. Los estancos coloniales prevalecieron sobre industrias como la sal, armas de fuego, tabaco, licores, tarjetas y papel estampado. Para 1886 la Constitución de la República reconoció menos estancos y prohibió los monopolios. En el siglo siguiente, la Constitución de 1950 prohibió la autorización de los monopolios si no a favor del Estado o de los municipios -cuando eran esenciales para el interés social- y en 1983 se introdujo en la Constitución la prohibición de las prácticas monopólicas.

En cuanto a los acuerdos entre competidores, las disposiciones -posteriormente derogadas por la LC- en dos códigos legales dieron un tratamiento ambivalente a lo que ahora se considera anticompetitivo. El Código de Comercio de 1970 permitía ciertos acuerdos restrictivos entre agentes económicos (en cantidad, calidad y limitación de la actividad a un determinado mercado) por una duración máxima de diez años siempre que no contravenga la Constitución. Además, consideró que la competencia desleal causaba daño a un competidor al no cumplir con un acuerdo para restringir la competencia. Así, esas conductas restrictivas de la competencia se asumieron como un comportamiento válido durante varias décadas.

Por el contrario, en 1998 el monopolio era un delito grave según el Código Penal. Esa cifra -diferente a su denominación habitual en política de competencia- recogía lo que consideraba abusos de dominio y acuerdos entre particulares o empresas para impedir, dificultar o distorsionar la competencia (entre ellos, las ventas atadas, empaquetaduras, reparto de mercados y abandono de cultivos o ganado).

El nexa interdisciplinario

La confianza es importante para los cárteles y la reputación es importante para las empresas. Las ciencias sociales y del comportamiento han analizado esas convicciones, así como racionalizaciones, incentivos y estímulos éticos efectivos. Por lo tanto, el diseño de intervenciones de promoción para fomentar un cambio de comportamiento hacia actitudes "favorables a la competencia" que también resultan ser éticas (es decir, el uso voluntario de programas de cumplimiento para evitar infracciones a la LC o desertar de un cartel para solicitar clemencia) se beneficia de conocimientos interdisciplinarios.

Desde una postura conductual y simplista, el éxito de los programas de cumplimiento de la competencia está determinado por su capacidad para abordar de manera efectiva los riesgos (incluidas las racionalizaciones reales o potenciales de la conducta anticompetitiva) mediante el uso de controles y mecanismos personalizados para disuadir, identificar y gestionar las desviaciones y fomentar el cumplimiento de la cultura empresarial pro competitiva (incluido el informe de anomalías o irregularidades).

En cuanto a la clemencia, las percepciones de la ética del comportamiento sugieren desviarse de un acuerdo -aunque sea para perseguir la indulgencia- enfrenta al agente económico con un dilema y provocar una conducta ética -informar su delito- requiere un estímulo importante (como un temor creíble de detección y una gran multa). Una vez que el agente económico considere delatar, la clemencia ofrecerá suficientes incentivos para impulsar su comportamiento ético (reconociendo las irregularidades y cooperando plenamente a lo largo de una investigación que de otro modo podría terminar con un peor resultado).

La doble estrategia de SC

I) Promoción de la competencia

El peer review de 2019 sugiere que promover programas de cumplimiento de la competencia puede complementar una aplicación más sólida y otros esfuerzos de promoción. El SC redactó recientemente su guía informativa sobre el cumplimiento de la competencia -aún no publicada- que incluye una explicación no exhaustiva de su política de clemencia.

Teniendo en cuenta que los programas de cumplimiento y la clemencia en última instancia apelan a la ética, el SC está fomentando programas de cumplimiento de competencia voluntaria con conocimiento del comportamiento destinados a desmitificar las racionalizaciones comerciales subyacentes e históricamente inspiradas en las conductas anticompetitivas. Adicionalmente, el SC está evaluando la idoneidad de enmarcar incentivos para este tipo de programas.

Sin embargo, incluso si se transmiten mensajes claros, la investigación en comunicaciones enfatiza que existe el riesgo de que su receptor pueda filtrarlos a través de su marco de referencia y adaptar una racionalización egoísta (los científicos del comportamiento sugieren que las racionalizaciones son el quid de la mala conducta). Por lo tanto, el SC está utilizando su enfoque interdisciplinario para combinar de manera eficiente sus esfuerzos de promoción de la competencia hacia el cumplimiento y la clemencia.

El SC está considerando la influencia de factores históricos sobre la cultura empresarial contemporánea y se beneficia de las ciencias del comportamiento, la ética, la economía conductual, la conciencia limitada, la gestión y otras disciplinas; conocimientos para promover la adopción voluntaria de programas de cumplimiento de la ley de competencia y, dentro de ellos, aumentar la conciencia e información sobre su política de clemencia. Al mismo tiempo, la detección de cárteles y la disuasión se siguen buscando a través de su acción de aplicación efectiva.

II) Reforzamiento del marco legal

Una de las recomendaciones del peer review de 2019 con respecto a la clemencia apunta a aumentar su atractivo. Sugiere, entre otros, aumentar la motivación de los agentes económicos para desertar de un cártel e introducir mayores incentivos para impulsar las solicitudes de clemencia.

En el proyecto de enmiendas a la LC, actualmente en análisis y razonablemente más amplio que el aspecto de clemencia, el SC propone fortalecer su política de clemencia, por ejemplo, aumentando los beneficios para el primer solicitante, potencialmente hasta la no aplicación de la multa, y la introducción de un beneficio escalonado para un número fijo de solicitantes posteriores, siempre que se cumplan ciertos criterios. Esta propuesta de reforma integral de la LC puede perfeccionarse a medida que se desarrolle su discusión.

México: visión de la COFECE sobre las investigaciones de oficio en mercados estratégicos

Por Sergio López Rodríguez



Sergio López Rodríguez⁴¹

Introducción

Desde hace algún tiempo, ha existido un consenso internacional en el sentido de que las investigaciones de oficio tienen un rol importante en la ejecución de las políticas antitrust dándole unos efectos proactivos y disuasorios. Las investigaciones de oficio contribuyen al círculo virtuoso de la política antimonopolio, aumentando la posibilidad de solicitudes de clemencia, la detección de diversas prácticas anticompetitivas que van desde la colusión hasta el abuso de dominio, y el desaliento de la perpetración de tales conductas. Una mesa redonda celebrada en 2013 por el Comité de Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), cuyo resumen se publicó bajo el título “Investigaciones de oficio sobre cárteles y el uso de screening para detectar cárteles”, afirmó que “(...) Si las agencias de competencia logran infundir temor de ser detectados en los cartelizados, esa podría ser otra razón para que los conspiradores desistan de sus actividades”⁴².

En consecuencia, ha sido una prioridad para la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) fortalecer su enfoque proactivo hacia la aplicación de las leyes antimonopolio, con el fin de adecuarse a los estándares internacionales⁴³ y cumplir con su mandato de proteger y garantizar el libre acceso al mercado y competencia, así como para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las concentraciones ilícitas, las barreras de entrada y la competencia económica⁴⁴. Este artículo abordará las investigaciones de oficio en el contexto de los esfuerzos de la Autoridad Investigadora de la COFECE para prestar especial atención a ciertos mercados estratégicos de la economía mexicana, para luego analizar la importancia de las compras públicas como uno de esos sectores estratégicos y finalizará con el caso de Contratación Pública para Monitoreo de Medios de COFECE que ha demostrado la eficacia de estos medios.

Investigaciones de oficio en Mercados Estratégicos

La Autoridad Investigadora de la COFECE tiene dos criterios principales para determinar el inicio de una investigación formal de oficio. El primer criterio es de carácter legal, el caso en cuestión debe

⁴¹ Jefe de la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica y profesor universitario. Las opiniones aquí contenidas son exclusivas del autor y no una posición oficial de la Comisión Federal de Competencia Económica de México. La autora desea agradecer a Joaquina Díaz Corona Reyes Retana por su ayuda en la preparación de este material.

⁴² Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, “Investigaciones de cárteles ex oficiales y uso de pantallas para detectar cárteles”, Comité de Competencia, OCDE (julio de 2014): 17. <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigación-2013.pdf>.

⁴³ “Plan Estratégico 2018-2021”, Comisión Federal de Competencia Económica: 11. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/pe_2018-2021.pdf.

⁴⁴ Artículo 1 de la Ley Federal de Competencia Económica de México (FECL o Ley)

cumplir con el requisito legal de una “causa objetiva”, lo que implica la identificación de uno o varios indicios o indicios que legitimen la posibilidad de abrir una investigación por una infracción en el marco de la Ley. El segundo criterio es estratégico, cumple el doble propósito de ejecución y de política antimonopolio y ha permitido centrarnos en los mercados que probablemente conducirán a una mejora de la economía mexicana y el bienestar del consumidor.

En este sentido, si bien la Autoridad Investigadora tiene facultades suficientes para investigar cualquier mercado⁴⁵, la relevancia de un criterio estratégico proviene de la necesidad de COFECE de maximizar el uso de sus recursos en aquellas áreas de la economía mexicana donde puede tener el mayor impacto en la mejora del nivel de vida general de la población⁴⁶. Por ello, la COFECE se ha propuesto la tarea de identificar aquellos mercados donde los bienes y servicios tienen mayor demanda por parte de la población en general y donde los sobrepuestos pueden ser detectados.

Para esta tarea se debe tener en cuenta que los hogares mexicanos pagaban a industrias como la agroalimentaria, transporte, medicamentos y construcción, sobrepuestos promedio de 98.23% en 2014⁴⁷, debido a una serie de razones, principalmente el poder de mercado⁴⁸. También se debe tomar en cuenta que, en 2019, el monto total de las compras públicas representó aproximadamente el 2% del PIB de México⁴⁹, este monto sustancial corresponde a aproximadamente \$ 340 mil millones de pesos mexicanos⁵⁰ que contribuyeron directamente a la capacidad de las Instituciones Públicas Mexicanas para el desempeño de sus funciones, proporcionar servicios públicos básicos y donde la maximización de los recursos disponibles es fundamental para el correcto desempeño de las tareas del Gobierno. Todos estos elementos combinados juegan un papel importante para el bienestar del consumidor y afectan el crecimiento del PIB de nuestro país. En este sentido, COFECE identificó aquellos mercados de la economía mexicana donde sus políticas pueden tener un mayor impacto, y los incluyó en su Plan Estratégico 2018-2021⁵¹, definiendo los mercados en los que se enfocará mayoritariamente, que comprenden el sector financiero, agroalimentario, energía, transporte, salud y compras públicas.

En consecuencia, la Autoridad Investigadora publicó en 2017 un Plan de Principios Generales para la Realización de Investigaciones⁵², con el objetivo de publicitar los principios que impulsan sus

⁴⁵ Siempre que no pertenezca a los mercados de telecomunicaciones o radiodifusión, donde la aplicación de las leyes antimonopolio está regulada por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT por sus siglas en español).

⁴⁶ Entre 1985 y 2005, el aumento de la desigualdad redujo el crecimiento del PIB en más del 10% en los países de la OCDE, Federico Cingano, “Tendencias en la desigualdad de ingresos y su impacto en el crecimiento económico”, Documento de trabajo social, empleo y migración de la OCDE, N°. 163 (2014): 14.

⁴⁷ Andrés Aradillas López, Alejandra Palacios Prieto y José Nery Pérez Trujillo, “Poder de Mercado y Bienestar Social”, Cuaderno de Promoción de la Competencia de COFECE, (2018): 87 y 98. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/10/Libro-CPC-PoderyBienestar-ver4.pdf>.

⁴⁸ Aradillas López, Palacios Prieto and Pérez Trujillo “Poder de Mercado y Bienestar Social”, 87 and 98.

⁴⁹ Esta estimación se realizó con información publicada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), sobre el PIB de México.

INEGI, “PIB y Cuentas Nacionales”, consultado el 16 de octubre de 2020. <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/>. Banco Central de México (BANXICO por sus siglas en español), “Sistema de Información Económica”, consultado el 16 de octubre de 2020. <https://www.banxico.org.mx/tipcomb/main.do?page=tip&idioma=sp>.

⁵⁰ INEGI, “PIB y Cuentas Nacionales”. BANXICO, “Sistema de Información Económica”.

⁵¹ COFECE, “Plan Estratégico 2018-2020”, consultado el 19 de octubre de 2020. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/pe_2018-2021.pdf.

COFECE, “COFECE Somete a Consulta Pública su Proyecto Plan Estratégico 2018-2021” (2017). <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/COFECE-059-2017.pdf>

⁵² Autoridad Investigadora de COFECE, “Plan de Principios Generales para la Realización de Investigaciones”, consultado el 19 de octubre de 2020. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Principios-generales-AI_03072017.pdf.

facultades para investigar las violaciones antimonopolio bajo la LFCE, con especial énfasis en la importancia de priorizar las investigaciones en mercados estratégicos de acuerdo con el Plan Estratégico de COFECE⁵³. Además, la Autoridad Investigadora ha desarrollado (y puesto a disposición del público en general) dos criterios adicionales para priorizar las investigaciones de oficio⁵⁴; en primer lugar, se concentrará en aquellas actividades económicas propensas a problemas de competencia, como los mercados concentrados con barreras de entrada; y finalmente, se enfocará en el impacto o relevancia que podría tener la investigación, como los efectos transversales en otros segmentos de la actividad económica o el impacto que podría tener en los ingresos de las familias mexicanas.

Este enfoque le ha llevado a una gestión eficiente de sus investigaciones⁵⁵, contando con aproximadamente veinte investigaciones por año, de las cuales el 74% giran en torno a mercados estratégicos, y que van desde cárteles y conductas unilaterales hasta investigaciones para determinar facilidades esenciales y barreras a la competencia. En este sentido, las herramientas proactivas de COFECE como las técnicas de detección y de screening han jugado un rol eficiente en las Investigaciones de COFECE destinando sus limitados recursos para priorizar mercados estratégicos teniendo cada año, en promedio, tres nuevas investigaciones que surgen de denuncias públicas y cinco que surgen de investigaciones de oficio identificadas mediante el uso de técnicas de pre-investigación.

Además, entre 2018 y 2020⁵⁶, ha habido un aumento del 15% en las investigaciones de oficio en comparación con el período de 2015 a 2017. Esta es una clara demostración de las prioridades de COFECE, y de cómo la Autoridad Investigadora se basa en técnicas de detección para identificar con prontitud los mercados que se alteran con prácticas anticompetitivas y, por tanto, manejar sus recursos.

Contrataciones Públicas

Dicho esto, las compras públicas se destacan como uno de los sectores estratégicos de la COFECE, representando un elemento importante de la economía mexicana y del bienestar de la población en general. La contratación pública no solo representa un porcentaje importante del PIB de México, sino que contribuye directamente a la capacidad del Gobierno mexicano para proveer bienes y servicios básicos, asegura el desarrollo de nuestro país y también es responsable por la contratación de una cantidad importante de empresas (19.144 en 2019⁵⁷) e innumerables puestos de trabajo.

Como tal, las adquisiciones públicas en México se pueden realizar a través de diferentes medios como licitaciones públicas, trámites donde solo se invita a tres participantes a presentar cotizaciones, o mediante adjudicación directa, donde se asigna un contrato directamente a una firma específica. Si bien esta última debería representar la opción menos disponible⁵⁸, en 2019 representó el 78% de las compras públicas, seguido del 12% en las licitaciones públicas y el 8% de los procedimientos de invitación de al menos tres proveedores⁵⁹.

⁵³ Autoridad Investigadora de COFFEE "Plan de Principios Generales para Realizar Investigaciones", 12 - 15.

⁵⁴ Autoridad Investigadora de COFFEE "Plan de Principios Generales para Realizar Investigaciones", 12 - 15.

⁵⁵ Las cifras y porcentajes de la investigación de la Autoridad Investigadora corresponden a datos disponibles de 2018, 2019 y datos preliminares de 2020 (actualizados hasta el 16 de octubre de 2020).

⁵⁶ Datos preliminares de 2020 (hasta el 16 de octubre de 2020).

⁵⁷ Ministerio de Hacienda, "Compranet", consultado el 16 de octubre de 2020. <https://compranet.hacienda.gob.mx/web/login.html>. Plataforma donde se realizan y registran las contrataciones públicas.

⁵⁸ Ministerio de Fiscalización Gubernamental (SFP), "1.3.3 Adjudicación directa (LOPSRM y LAASSP)", consultado el 19 de octubre de 2020. <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/1-3-3-adjudicacion-directa>.

⁵⁹ "Compranet". <https://compranet.hacienda.gob.mx/web/login.html>

Por tanto, una parte importante de los recursos de la COFECE se destina a la detección y persecución de conductas relativas a adquisiciones públicas. De hecho, el 30% de las investigaciones de oficio iniciadas por la Autoridad Investigadora entre 2014 y 2020⁶⁰, se centraron en mercados que giran en torno a las compras públicas.

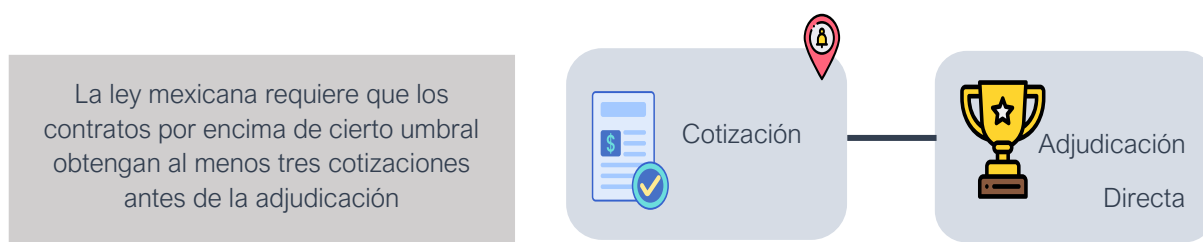
Esto viene a demostrar la eficiencia de las herramientas de seguimiento y detección que han permitido al área Investigadora de la COFECE iniciar investigaciones de oficio sobre adquisiciones públicas.

De ahí que la Autoridad Investigadora esté atenta a evaluar las características del sector como el número de empresas que participan en los diferentes mercados que engloban las adquisiciones públicas, la cuota de mercado de cada participante, los tipos de bienes y servicios y sus precios, las fechas y montos adjudicados y su evolución, entre otros. Con estos datos públicos recabados, la Autoridad Investigadora ha desarrollado habilidades y herramientas para identificar patrones sospechosos y así iniciar exitosamente investigaciones de oficio, cumpliendo con los estándares legales establecidos por la Ley. Así, la confianza en las técnicas de detección ha demostrado ser útil para que la Autoridad Investigadora identifique con prontitud mercados con problemas anticompetitivos para administrar correctamente sus recursos, un buen ejemplo puede ser el trabajo realizado por COFECE para la contratación pública de servicios de Monitoreo de Medios.

Caso de estudio

El caso de Contratación Pública para Monitoreo de Medios es una investigación de oficio sobre colusión, iniciada por la labor de pre-investigación de la COFECE, que detectó patrones en las fechas y montos adjudicados, respecto a los servicios contratados por las autoridades para la recolección, sistematización y seguimiento de información difundido a través de diversos medios de comunicación. Este servicio de monitoreo de medios ha demostrado ser primordial para mantenerse al día con información actualizada y confiable sobre temas clave para el desempeño de cualquier tarea en el sector público o privado, es utilizado por las autoridades para mantenerse al día con las últimas noticias o temas de su interés directo que se encuentren disponibles para el desempeño de sus funciones públicas.

En este caso la Autoridad Investigadora estableció con éxito que un cártel manipuló la adquisición pública de los servicios de Monitoreo de Medios entre 2012 y 2016, en veinticuatro trámites de adquisición pública⁶¹, donde, a pesar de que se contrató solo a una firma para brindar el servicio, se acordó con el resto para subcontratar los servicios a los demás miembros del cártel. Este cártel involucraba a cuatro empresas (A, B, C y D) y operaba en dos tipos de procedimientos de contratación pública para contratar a Media Monitoring: adjudicaciones directas e invitaciones a al menos tres proveedores. El acuerdo de la adjudicación directa se hizo realidad cuando una autoridad pedía una cotización a la empresa A, más tarde esa empresa A acordaría con una de las empresas restantes la propuesta que enviarían a esa autoridad pública, siempre manteniendo la propuesta de la empresa A menos costosa, como se muestra a continuación:



⁶⁰ Datos preliminares de 2020 (actualizados hasta el 16 de octubre de 2020).

⁶¹ En este caso, las adquisiciones públicas no estaban vinculadas por una licitación pública, en cambio, las autoridades que compraron este servicio asignaron directamente el servicio a una sola empresa, o tenían procedimientos donde solo se invitó a participar a tres participantes, y uno de ellos obtuvo el contrato.

Con respecto a los procesos estructurados como una invitación de al menos tres proveedores, una autoridad pública solicitaría a la empresa A una investigación de mercado y, a su vez, la empresa A acordaría con las empresas B, C o D la propuesta que enviarían a la autoridad pública, donde la propuesta de la empresa A sería menos costosa que las ofrecidas por los demás participantes de la contratación pública (empresas B, C o D), asegurando que la empresa A siempre ganaría. Como se muestra a continuación:



Como se muestra, para asegurar el funcionamiento del cartel, las firmas involucradas acordaron previamente los precios de las cotizaciones que cada una presentaría a la autoridad contratante, con el fin de asegurar que la firma previamente acordada (la firma A) sería contratada para proporcionar el servicio, a su vez, la empresa A subcontrataría los servicios de las empresas B, C o D para proporcionar servicios de monitoreo de medios. La principal evidencia⁶² obtenida para este caso consistió principalmente en patrones identificados a partir de información pública como:



En este sentido, el sobreprecio estimado pagado por organismos gubernamentales como la Agencia de Protección al Consumidor (PROFECO), el Ministerio de Educación Pública, el Ministerio de Economía y otros, por este servicio se estimó en un 14,5%. Este caso fue sancionado por COFECE en 2017.

El caso representa un precedente importante para la aplicación de las leyes antimonopolio en México, ya que fue la primera vez que la COFECE sancionó a un cartel por un comportamiento colusorio no solo en el propio proceso de contratación pública, sino que la colusión también manipuló los estudios de mercado contratados por las autoridades públicas; más aún, también dio indicios de corrupción dentro de las autoridades contratantes. Por ello, la COFECE notificó a la Secretaría de la Función Pública (SFP), y otras autoridades mexicanas, las posibles conductas de corrupción que subyacen a este caso.

Además, este caso junto con otros casos de contratación pública sancionados por COFECE nos ayudó a darnos cuenta de la importancia de la cooperación y comunicación con las instituciones anticorrupción en México como la SFP. Adicionalmente, dadas las similitudes de aplicación legal de las leyes anticorrupción y competencia, y las particularidades de los comportamientos que prohíben, el

⁶² Cabe señalar que, a lo largo de la investigación, diferentes comunicaciones a través de correos electrónicos entre los cartelistas también fueron identificadas y sirvieron como prueba principal en este caso.

año pasado (2019) celebramos un convenio de colaboración con la SFP. El objetivo del convenio es incrementar la colaboración, intercambiar información y crear grupos de trabajo que ayuden a conseguir estos objetivos.

Este es un gran paso para alinear los incentivos para combatir la corrupción y la colusión, ya que ambos tipos de infracción van en detrimento de los procesos de contratación pública y de la asignación de recursos de los contribuyentes. Una implementación efectiva del acuerdo contribuirá de una manera segura a disuadir y detectar casos de colusión y corrupción, lo que, además, sirve como incentivo para ambos programas de clemencia, dado que aumenta el temor a ser detectados.

Conclusión

En conclusión, debido a la priorización de recursos de COFECE en ciertos mercados estratégicos, como los de compras públicas y dadas las herramientas de detección que está en continuo desarrollo, COFECE es capaz de identificar fallas en mercados con problemas de competencia que tienen un impacto directo en la ejecución de las tareas de la institución gubernamental y que comprometan recursos públicos que de otro modo podrían ser explotados en beneficio del desarrollo económico de México y del bienestar general de su población. En consecuencia, es importante valorar y promover la importancia de las investigaciones de oficio en la política antimonopolio de la COFECE.

Bibliografía

Aradillas López, Andrés, Alejandra Palacios Prieto y José Nery Pérez Trujillo, “Poder de Mercado y Bienestar Social”, Cuaderno de Promoción de la Competencia de COFECE, (2018): 87 y 98. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/10/Libro-CPC-PoderyBienestar-ver4.pdf>

BANXICO, “Sistema de Información Económica”, consultado el 16 de octubre de 2020. <https://www.banxico.org.mx/tipcamb/main.do?page=tip&idioma=sp>.

Cingano, Federico, “Tendencias en la desigualdad de ingresos y su impacto en el crecimiento económico”, Documento de trabajo social, empleo y migración de la OCDE, núm. 163 (2014): 14.

COFECE, “COFECE Somete a Consulta Pública su Proyecto Plan Estratégico 2018-2021” (2017). <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/COFECE-059-2017.pdf>.

COFECE “Plan Estratégico 2018-2020”, consultado el 19 de octubre de 2020. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/pe_2018-2021.pdf.

Autoridad Investigadora de COFECE, “Plan de Principios Generales para la Realización de Investigaciones”, consultado el 19 de octubre de 2020. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Principios-generales-AI_03072017.pdf.

Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, “Investigaciones exoficiales de cárteles y el uso de pantallas para detectar cárteles”, Comité de Competencia de la OCDE (julio de 2014): 17. <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>

INEGI, “PIB y Cuentas Nacionales”, consultado el 16 de octubre de 2020. <https://www.inegi.org.mx/temas/pib/>.

Ministerio de Hacienda, “Compranet”, consultado el 16 de octubre de 2020. <https://compranet.hacienda.gob.mx/web/login.html>.

SFP, “1.3.3 Adjudicación directa (LOPSRM y LAASSP)”, consultado el 19 de octubre de 2020. <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/1-3-3-adjudicacion-directa>.

“Plan Estratégico 2018-2021”, Comisión Federal de Competencia Económica: 11. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/pe_2018-2021.pdf.

El Caribe: La eficacia de los programas de clemencia en las pequeñas economías: una mirada desde el Caribe

por Taimoon Stewart



Taimoon Stewart⁶³

Introducción

Los programas de clemencia han demostrado que son muy efectivos en algunos regímenes de competencia, con el Departamento de Justicia de los EE. UU. se ha tenido un historial exitoso al revelar y sancionar con éxito cárteles duros tanto nacionales e internacionales a través de la delación por parte de miembros del cártel. Bajo las reglas antimonopolio, la denuncia de irregularidades puede tener lugar en condiciones específicas, con beneficios predecibles y confidencialidad garantizada. Se anima a los países en desarrollo a emular a sus homólogos maduros y a adoptar programas de clemencia como forma de combatir los cárteles en sus economías. Sostengo aquí que es poco probable que se produzcan los resultados esperados de la introducción de un programa de clemencia en las economías pequeñas debido a las muy diferentes condiciones sociales e institucionales en comparación con las jurisdicciones maduras. En primer lugar, las circunstancias que motivan a un colaborador a presentarse no están presentes en las jurisdicciones pequeñas y jóvenes. En segundo lugar, los colaboradores tienen mucho menos que ganar al presentarse en jurisdicciones jóvenes que en jurisdicciones más grandes, particularmente cuando los cárteles están sujetos a sanciones penales. También tienen mucho más que perder revelando irregularidades. Es probable que la seguridad y la protección que espera el colaborador en jurisdicciones más maduras no se den en las economías pequeñas, en particular en las que tienen altos niveles de homicidio. Finalmente, la suposición de que el colaborador siempre actuará por interés propio para protegerse a sí mismo o a la empresa puede no aplicarse en las economías pequeñas porque el comportamiento cultural se basa más en la

⁶³ Taimoon Stewart es investigadora asociada senior en el Instituto de Estudios Sociales y Económicos Sir Arthur Lewis de la Universidad de las Indias Occidentales y consultora en derecho y política de la competencia. Deseo agradecer a Marc Jones por sus valiosos y profundos comentarios. Correo electrónico: taimoonstewart@gmail.com.

protección de la comunidad empresarial y menos en el interés propio. Explico estos puntos a continuación.

¿Qué motiva a un colaborador a presentarse?

Un colaborador se presenta por temor a ser detectado y por la gravedad de la sanción que seguiría a la detección. Él elige colaborar para salvarse a sí mismo (o a la empresa y sus directores ejecutivos) de multas y encarcelamiento, donde se aplican sanciones penales. En los Estados Unidos, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (DOJ) es una de las instituciones antimonopolio más temidas, tanto a nivel nacional como internacional. Los miembros del cártel temen ser atrapados por el Departamento de Justicia por el poder de esta institución, su inmenso éxito en la investigación de casos en colaboración con la Oficina Federal de Investigaciones y su poder para encarcelar a los directores ejecutivos de empresas declaradas culpables. Además, el ingenioso diseño del programa de clemencia de los EE. UU. Enfrenta no solo a los miembros del cártel entre sí en una carrera hacia el Departamento de Justicia, sino que también enfrenta a la empresa contra sus empleados con conocimiento del cártel al ofrecer clemencia individual a cambio de informes y sanciones individuales por no informar si la empresa es atrapada.

En la Unión Europea (UE), los miembros del cartel temen a la Comisión Europea de Competencia debido a la severidad de las multas impuestas (en comparación con los EE. UU.) Y su inmenso poder de investigación. Esto es suficiente desincentivo, a pesar de que la sanción penal no está incluida en su programa y no se ofrece indulgencia individual. Además, la UE también utiliza la “zanahoria” para reducir las multas si las empresas cooperan en la investigación y proporcionan pruebas útiles. Por lo tanto, las condiciones propicias son la presencia de una agencia de competencia fuerte que tenga un historial exitoso de aplicación contra los cárteles y que la ley permita herramientas de investigación importantes y sanciones punitivas.

Por el contrario, en las pequeñas economías de la Comunidad del Caribe (CARICOM), las realidades difieren sustancialmente de las jurisdicciones maduras. Las Comisiones de Competencia son jóvenes y no tienen el historial de ejecución ni el poder del DOJ o de la UE y no invocan el miedo en la comunidad empresarial que es evidente en los EE.UU. y en Europa. Además, la cultura de la competencia sigue siendo incipiente en las comunidades empresariales a medida que aprenden las prohibiciones de las leyes respectivas. Por lo tanto, el motivo del miedo para presentarse y denunciar irregularidades no está presente. Las sanciones tampoco son suficientes para ser disuasivas: no existen sanciones penales en las leyes de competencia en la región y las multas en la legislación no son punitivas. Por tanto, no se gana mucho evitando las sanciones. Más importante aún; el riesgo de ejecución es pequeño dado que la ejecución se lleva a cabo en los tribunales y los tribunales de CARICOM sufren constantemente de falta de recursos, financieros y humanos, lo que afecta su capacidad para hacer cumplir y, por lo tanto, reduce el riesgo para las empresas de consecuencias adversas por el comportamiento de los cárteles. Por lo tanto, no existen las condiciones que motivarían a un colaborador a denunciar.

Si bien los miembros del cártel internacional denuncian y cooperan con las agencias de los EE. UU. y la UE, lo hacen debido a la importancia de esos mercados para las empresas internacionales. La pérdida de cualquiera de los mercados será un golpe fatal para el negocio, por lo que existe la voluntad de someterse a estas jurisdicciones extranjeras y aceptar sanciones. Por el contrario, los pequeños mercados de CARICOM son de poca importancia para las empresas multinacionales que ciertamente no verían ningún beneficio en denunciar o someterse a las autoridades de competencia en esta región.

De hecho, las Comisiones en esta región no han investigado los cárteles, excepto por un caso reciente en Guyana derivado de una queja de una empresa estibadora de que la Asociación Naviera había fijado

los precios de los servicios de manipulación y emitido un aviso detallando los precios aplicables. Por lo tanto, la evidencia fue transparente y fácilmente disponible. La pregunta es, ¿por qué no se han investigado los cárteles en la región? Esta pregunta se aborda a continuación.

¿Está seguro el colaborador?

En sociedades donde prevalece el imperio de la ley y existe un nivel razonable de garantía de seguridad personal, los colaboradores esperarían el debido proceso y, en general, no temerían por su seguridad personal como consecuencia de presentarse. En los Estados Unidos, pueden denunciar, cooperar con el Departamento de Justicia en su investigación, obtener inmunidad, mientras que sus coconspiradores enfrentan multas y encarcelamiento. Además, una vez que el caso está completo, pueden continuar operando en el mundo empresarial sin más recriminaciones de sus coconspiradores. No es así en sociedades que tienen un alto nivel de violencia y homicidio. La cultura popular deja en claro que un colaborador recibirá una bala (o varias), como lo ilustra la canción de Jamaican Dance Hall, "Man Fi Dead" de Buju Banton e "Informer Fi dead" de Bunny General y Top Cat. Estas canciones reflejan el profundo aborrecimiento cultural hacia la denuncia de irregularidades en la sociedad jamaicana y las consecuencias de la denuncia. Si bien esta violencia impregna a las sociedades en su conjunto, y se podría argumentar que la comunidad empresarial puede ser diferente, los tabúes culturales y el miedo generado por la violencia generalizada pueden tener un efecto paralizante en un colaborador potencial que se acerca. Este miedo a la violencia contra un colaborador impregna la mayoría de las sociedades caribeñas debido al alto nivel de delincuencia y homicidio en estas sociedades⁶⁴.

Además del miedo a la violencia somática, existe una profunda desconfianza subyacente en la autoridad en estos países. Esto puede ser una continuidad de la desconfianza pasada de la autoridad colonial, pero existe la percepción de que la policía y los gobiernos están involucrados en la corrupción, lo que le da poca confianza al público para que se presente ante las autoridades y colaboren. La publicación de Transparencia Internacional, Citizens 'Views of Experiences of Corruption 2019 informó que más del 60% de las personas en Trinidad y Tobago, Las Bahamas, Jamaica y Guyana (59%) piensan que la corrupción en el gobierno es un problema importante. En estas pequeñas sociedades, la cercanía entre las élites políticas y económicas fomenta la corrupción y el amiguismo. En estas condiciones, existe poca confianza por parte de John Public que el nombre de los colaboradores se mantenga confidencial. Esta percepción puede estar mal fundada en el contexto de los casos de competencia, dadas las disposiciones obligatorias de confidencialidad legal por las que se guía el personal de las Comisiones.

¿Individualismo o lealtad comunitaria?

Las sociedades pequeñas también se caracterizan por una cultura de lealtad hacia cada una por parte de los miembros de la comunidad empresarial. Las empresas más grandes en estas pequeñas economías se remontan a la élite comercial durante el período colonial, con un grupo de familias blancas que tenían el control de los principales sectores de la economía, en particular la importación y distribución de productos minoristas. Las estrechas relaciones de estas familias, su identificación entre sí como una comunidad separada de la mayoría de la población (marrón y negra), su continua profundización de sus relaciones a través de matrimonios mixtos y lazos sociales significa que no se denunciarían mutuamente. De hecho, romper filas con la "comunidad" conduciría al ostracismo social al menos, y a la eliminación en el peor de los casos. Además, estos mismos factores hacen que sea

⁶⁴ Por ejemplo, de 133 países encuestados (Índice de delincuencia por país 2020, siendo el número 1 el país con la tasa de delincuencia más alta), Trinidad y Tobago ocupa el puesto número 6; Guyana: No. 8; Jamaica: No. 11; y Las Bahamas: No. 18. Según el World Data Atlas, Jamaica ocupa el puesto número 2 en el mundo en tasa de homicidios, 43,9 por 100.000 en 2018, frente a 56,4 por 100.000 en 2017.

probable que compartan información y fijen precios, lo que se hace fácilmente en asociaciones comerciales o en reuniones sociales, y esos cárteles son muy estables. Demostrar su existencia sería aún más difícil en estas pequeñas sociedades.

El ethos cultural de las sociedades occidentales, derivado de las construcciones filosóficas del individualismo, y la creencia de que la búsqueda del interés propio redundará en última instancia en beneficio de la sociedad en su conjunto, puede que no sea la fuerza principal en la toma de decisiones en sociedades pequeñas en el contexto de la denuncia de irregularidades. Más bien, la lealtad a la "comunidad" es lo primero, y se puede argumentar que esta es una opción racional para preservar la paz mental individual y la inclusión social. Este punto de vista está respaldado por el análisis de Hofstede Insights que clasifica a las sociedades como individualistas o colectivistas. Postulan que, en las sociedades individualistas, se supone que las personas deben cuidar de sí mismas y de su familia directa únicamente. En las sociedades colectivistas, las personas pertenecen a "grupos" que los cuidan a cambio de lealtad. Hofstede Insights clasifica a todas las sociedades del Caribe como colectivistas, en lugar de individualistas, es decir, que tienen un compromiso a largo plazo con el "grupo", ya sea la familia o las relaciones extendidas. En última instancia, estas realidades culturales pueden alterar la cuidadosa teoría del juego que sustenta la lógica económica de los programas de clemencia que enfrentan a los cartelistas entre sí en términos de maximizar los beneficios prometidos y evitar las amenazas de castigo que resultan de la detección.

¿Este fenómeno está más extendido que el encontrado en CARICOM?

Si bien esta breve nota se centró en los países de la CARICOM, se pueden extraer pruebas y conclusiones empíricas similares a partir de experiencias y construcciones sociales en las pequeñas economías de América Central. Al igual que CARICOM, históricamente tienen una élite empresarial arraigada que opera como una unidad muy unida y controlan la mayoría de sus respectivas economías, con una lealtad de grupo similar a la de CARICOM, y donde las tasas de violencia y homicidio son altas, no se puede garantizar la seguridad personal, y allí es una desconfianza en la autoridad. Por ejemplo, El Salvador tiene un programa de clemencia, pero en los doce años de su existencia, ni una sola persona se ha presentado. ¿Podría ser por las razones descritas anteriormente? Por lo tanto, el tema va más allá de las pequeñas economías de CARICOM a otras pequeñas economías de Centroamérica. Curiosamente, hubo un hallazgo similar en Kenia. El jefe de la Autoridad de Competencia de Kenia consideró que su programa de clemencia era un fracaso⁶⁵. Señaló la desconfianza generalizada hacia los organismos gubernamentales, una cultura y una red cercanas dentro de la comunidad empresarial de Kenia que ha desincentivado la denuncia de irregularidades, y el hecho de que la colusión era una práctica habitual de las empresas antes de que se introdujera la ley de competencia y que esas prácticas se consideran normales, no ilegales. Hubo un problema adicional en el sentido de que no hay garantía de que el colaborador, que no haya sido procesado por la autoridad de competencia, no sea procesado por el fiscal que está facultado para procesar a todos los criminales en Kenia.

Conclusión

La eficacia de los programas de clemencia en los países en desarrollo merece una investigación más amplia porque los supuestos en los que se basa el éxito pueden no estar presentes y, por el contrario, pueden existir condiciones que aseguren el fracaso. La cultura de las relaciones sociales es diferente en los países en desarrollo, a pesar de su integración en el sistema capitalista global y la inculcación de valores capitalistas. Puede ser que exista una tensión entre el comportamiento individualista estándar que se encuentra en las sociedades occidentales y un enfoque más matizado, un híbrido entre la cultura indígena occidental y local, en los países en desarrollo. Los valores comunitarios a menudo reemplazan las ganancias individuales. ¿Los valores no occidentales van en contra de la

⁶⁵ Presentación en el Foro de Competencia de Estambul el 26 de noviembre de 2019.

supremacía del interés propio? y, ¿limitaría esto la eficacia de los programas de clemencia desarrollados en los países industrializados?