



**Conferencia de las Naciones Unidas  
sobre Comercio y Desarrollo**

Distr. limitada  
1 de mayo de 2019  
Español  
Original: inglés

---

**Junta de Comercio y Desarrollo**  
**Comisión de Comercio y Desarrollo**  
**Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho**  
**y Política de la Competencia**  
18° período de sesiones  
Ginebra, 10 a 12 de julio de 2019  
Tema 3 d) del programa provisional  
**Revisión de los capítulos IX y X de la Ley Tipo de Defensa**  
**de la Competencia**

**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2019)**  
**– Capítulo X revisado\***

---

\* Esta es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.10.



## I. Esquema del capítulo X de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia

Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley:

1. Las funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley podrían ser las siguientes (indicadas a título de ejemplo):

- a) Hacer indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;
- b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación al ministro competente de su aplicación;
- c) Efectuar estudios, publicar memorias e informar al público;
- d) Distribuir formularios y llevar uno o varios registros de las notificaciones;
- e) Elaborar y publicar reglamentos;
- f) Colaborar en la preparación, modificación o revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia;
- g) Fomentar el intercambio de información con otros Estados.

2. Carácter confidencial

- a) Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos;
- b) Proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia y que necesiten conservar el anonimato para defenderse de represalias económicas;
- c) Proteger el carácter confidencial de las deliberaciones del gobierno respecto de asuntos en curso o pendientes.

## II. Comentarios al capítulo X y planteamientos alternativos recogidos en las legislaciones vigentes

### A. Introducción

1. En la mayoría de las leyes sobre competencia se hace una enumeración de las funciones y facultades que ostenta el organismo de defensa de la competencia para realizar su cometido y que constituyen el marco general de su actuación. El capítulo X de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia comprende una enumeración ilustrativa de esas funciones. Todas ellas guardan relación con las actividades que puede realizar el organismo encargado de la aplicación de la ley o el de defensa de la competencia y con los medios de que suelen disponer para llevar a cabo su labor. Una característica común es que las funciones de esos organismos deben fundarse en el respeto a las garantías procesales y los principios de imparcialidad, no discriminación, rendición de cuentas y transparencia.

a) *Hacer indagaciones e iniciar investigaciones, incluso en virtud de denuncia*

2. El organismo puede actuar por iniciativa propia o atendiendo a indicios de posibles prácticas restrictivas, por ejemplo como consecuencia de una denuncia formulada por una persona o una empresa. El Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas establece en el párrafo 6 de su sección E que los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existen, a fin de obtener de las empresas la información necesaria para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas.

3. El organismo debería estar facultado también para emitir solicitudes de información y requerir a las personas o empresas que suministren información y documentos, así como para recabar y recibir testimonios.
4. En caso de incumplimiento podría preverse la posibilidad de obtener una orden de registro o un mandamiento judicial, en su caso, para requerir esa información u obtener la autorización de entrada en los locales en los que se crea que está depositada información pertinente. En muchos países, como Alemania, Argentina, Australia, la Federación de Rusia, Hungría, Italia, México<sup>1</sup>, Noruega, el Pakistán y el Perú, así como en la Unión Europea, el organismo encargado de la aplicación de la ley tiene facultades para requerir a las empresas que suministren información y para autorizar a sus funcionarios a que entren en los locales sin anunciarse en busca de información pertinente (lo que se conoce como “registros sorpresa”).
5. No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En Alemania, la Argentina o Austria, por ejemplo, para entrar en el domicilio de un particular es necesario un mandamiento judicial. En Turquía, si una inspección *in situ* para obtener copias de información, documentos, libros y otros instrumentos se ve o puede verse obstaculizada, un juez de lo penal puede ordenar que se lleve a cabo una inspección. En Polonia, en los casos de suma urgencia en que haya sospechas fundadas de una violación grave de la legislación en materia de la competencia, particularmente cuando un retraso puede posibilitar una destrucción de las pruebas, es posible obtener una orden de registro del Tribunal de Protección de la Competencia y del Consumo en cualquier momento de las actuaciones. La Oficina Polaca de Protección de la Competencia y de los Consumidores puede registrar locales, apartamentos, vehículos de transporte, etc., a petición de la Comisión de la Unión Europea cuando esta haya encontrado resistencia por parte de alguna persona a la que hubiera solicitado que proporcionara documentos, información y otras pruebas mientras se estaba realizando una investigación de conformidad con los reglamentos de la Comunidad; además, los representantes de la Comisión pueden participar en una inspección cuando la Oficina esté inspeccionando una empresa a petición de la Comisión.
6. En muchos ordenamientos jurídicos se imponen sanciones, a veces incluso de multa y prisión, por incumplimiento deliberado de una orden de investigación del organismo. Por cuanto respecta a la reunión de pruebas, la mejor práctica en esta esfera de la defensa de la competencia indica que debería haber una sólida presunción en favor de la comunicación de tantos hechos como sea posible a los demandados, de modo que estos puedan defenderse plenamente. Un proceso continuado de contacto entre el organismo de defensa de la competencia y el demandado en relación con las alegaciones y las pruebas en que se basan esas alegaciones permitiría que el demandado tuviera conocimiento no solo de las pruebas de cargo y de descargo en que se basan los argumentos del organismo de defensa de la competencia, sino también de una descripción de la base fáctica de la causa y del análisis económico y jurídico que constituye la base de la teoría de la infracción<sup>2</sup>.
7. Se examinan a continuación algunos planteamientos alternativos relativos a los métodos de investigación.

---

<sup>1</sup> En México, tras la reforma legal de 2011 y la aprobación de la nueva Ley Federal de Competencia Económica de 2014, se confirieron facultades adicionales a la Comisión Federal de Competencia Económica. Véase Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), 2018, Investigative power in practice: Contribución de México (COFECE), sesión IV (DAF/COMP/GF/WD(2018)28), 28 de noviembre, disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2018\)28/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2018)28/en/pdf).

<sup>2</sup> Cámara de Comercio Internacional, 2010, Recommended framework for international best practices in competition law enforcement procedures, documento núm. 225/666, 8 de marzo.

Cuadro 1

**Planteamientos alternativos en la legislación vigente – Regímenes de investigación**

<i>País</i>	<i>Atribuciones del organismo</i>	<i>Sanciones en caso de incumplimiento</i>
China	<p>Según el artículo 39 de la Ley Antimonopolio, el organismo que se encarga de su aplicación está facultado para:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Entrar en los locales de la empresa investigada o cualquier otro lugar pertinente a los fines de la investigación;</li> <li>b) Pedir a las personas investigadas que revelen información pertinente;</li> <li>c) Examinar y hacer copias de la documentación u otro material pertinente de la empresa;</li> <li>d) Incautarse de los elementos de prueba pertinentes;</li> <li>e) Indagar acerca de las cuentas bancarias de los empresarios investigados.</li> </ul>	<p>Según el artículo 52 de la Ley Antimonopolio, pueden imponerse sanciones pecuniarias a quienes no faciliten la información solicitada, suministren información falsa, destruyan u oculten pruebas o entorpezcan de algún otro modo la investigación.</p>
Unión Europea	<p>La Comisión está facultada para:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Solicitar información;</li> <li>b) Entrar en los locales e inspeccionarlos;</li> <li>c) Examinar documentos y archivos, y obtener copias;</li> <li>d) Sellar los locales o archivos durante un período determinado;</li> <li>e) Solicitar a cualquier persona que dé explicaciones sobre hechos o documentos.</li> </ul>	<p>El incumplimiento conlleva multas no superiores al 1 % de la cifra de negocios de la empresa infractora en el año anterior.</p>
Nueva Zelanda	<p>La Comisión puede pedir que se aporten documentos (respetando el secreto profesional) y se facilite información por escrito, así como exigir la comparecencia de determinadas personas para que proporcionen pruebas y documentos.</p> <p>La Comisión también puede solicitar (a un tribunal) y ejecutar órdenes judiciales de registro.</p>	<p>El incumplimiento de las peticiones de la Comisión con fines de investigación constituye un delito castigado con sanciones pecuniarias.</p>
Turquía	<p>La Junta de Defensa de la Competencia puede pedir la información que considere necesaria a las instituciones y organizaciones públicas, las empresas y las asociaciones comerciales. Los funcionarios de esas entidades tienen obligación de facilitar la información necesaria en el plazo establecido por la Junta.</p> <p>Según el artículo 15 de la Ley de Protección de la Competencia, la Junta de Defensa de la Competencia está facultada para llevar a cabo inspecciones <i>in situ</i> y sin previo aviso. Se requiere una autorización judicial solo si la empresa investigada se niega a permitir la inspección.</p>	<p>El hecho de negarse a facilitar la información pedida o proporcionar datos erróneos puede sancionarse con una pena pecuniaria fija.</p> <p>La obstrucción de una inspección puede castigarse con una multa consistente en el pago de una suma diaria fija.</p>

<i>País</i>	<i>Atribuciones del organismo</i>	<i>Sanciones en caso de incumplimiento</i>
Estados Unidos de América	<p>Las autoridades pueden exigir a una persona que:</p> <p>a) Facilite documentos, información u otro material relacionado con la investigación;</p> <p>b) Preste declaraciones;</p> <p>c) Haga una declaración oral jurada.</p> <p>Estas medidas suelen aplicarse mediante peticiones investigación civil u órdenes judiciales. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos también está facultado para llevar a cabo una investigación penal con arreglo a sus atribuciones de investigación de delitos.</p>	El incumplimiento de una petición de investigación civil u orden judicial constituye un delito punible con pena de multa y prisión.

## B. Programa de clemencia

8. En el último decenio, un elevado número de organismos reguladores de la competencia ha adoptado lo que se ha denominado programas de clemencia<sup>3</sup> como instrumento de investigación para detectar la forma más grave de prácticas anticompetitivas: los cárteles intrínsecamente nocivos. Un programa de clemencia es un sistema anunciado públicamente de exención parcial o total de las sanciones que de otro modo serían aplicables a un miembro de cártel que informe de su pertenencia a un cártel y suministre información y pruebas relacionadas con el cártel al organismo de defensa de la competencia que ha instaurado el programa de clemencia<sup>4</sup>. Estos programas han resultado ser instrumentos sumamente útiles para la detección de los cárteles. Los regímenes de competencia incipientes pueden beneficiarse de los programas de clemencia porque estos ayudan a reducir la cuantía de los recursos humanos y financieros necesarios para asegurar el cumplimiento del derecho de la competencia.

9. En general, los aspectos principales de un régimen de clemencia son los siguientes: a) una clara identificación de los beneficios del régimen; b) indicaciones claras en cuanto a si se concederá la inmunidad penal a los empleados del solicitante; c) la naturaleza y el alcance de la información que el solicitante debe facilitar para beneficiarse del régimen de clemencia; d) procedimientos transparentes y previsibles; y e) constancia de que, a juzgar por la trayectoria del organismo de defensa de la competencia, otras empresas consideran que el programa de clemencia es previsible y beneficioso.

10. En virtud del régimen de clemencia, el miembro del cártel debe denunciar la existencia de este y cumplir otros requisitos. Como regla general, los miembros del cártel deben admitir los hechos constitutivos de infracción, poner fin a su actividad en el cártel y cooperar plenamente, facilitando pruebas sustanciales que faciliten las actuaciones contra otros miembros de cárteles. Por su parte, el organismo encargado de aplicar la ley sobre la competencia se compromete, de manera transparente y fidedigna, a aplicar un patrón previsible de sanciones diseñado para alentar a los miembros del cártel a solicitar la clemencia.

<sup>3</sup> Para obtener información específica sobre los programas de clemencia de los países en desarrollo, véase TD/RBP/CONF.7/4.

<sup>4</sup> Red Internacional para la Competencia, 2014, Drafting and implementing an effective leniency programme, capítulo 2, en *Anti-Cartel Enforcement Manual*, disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/) (consultado el 22 de abril de 2019).

11. Actualmente, más de 60 jurisdicciones cuentan con programas de clemencia<sup>5</sup>. Sin embargo, la mayoría de los países de ingresos medianos y bajos carecen de ese tipo de programa. Entre las excepciones figuran el Brasil, Chile, la Federación de Rusia, México y Sudáfrica. Sus programas son similares a los de los Estados Unidos y la Unión Europea, entre otros (jurisdicciones que probablemente reciban el mayor número de solicitudes de clemencia), y funcionan en paralelo con ellos.

12. En recientes estudios comparativos realizados por la secretaría de la UNCTAD se han determinado las condiciones que debe cumplir un programa de clemencia para ser eficaz:

a) La aplicación de la legislación contra los cárteles debe ser lo suficientemente activa para que los miembros de los cárteles consideren que existe un riesgo importante de ser detectados y sancionados si no solicitan clemencia;

b) Las sanciones impuestas a los miembros de cárteles que no soliciten clemencia han de ser severas y, hasta cierto punto, previsibles. La pena impuesta al primer solicitante será mucho más leve que la que se imponga a los solicitantes posteriores;

c) El programa de clemencia debe ser lo suficientemente transparente y previsible para que los solicitantes potenciales intuyan el trato que recibirán;

d) A fin de atraer a miembros de cárteles internacionales, el programa de clemencia ha de proteger suficientemente la información para que el solicitante no se vea más expuesto que las entidades que no solicitan clemencia a procedimientos incoados en otros lugares;

e) Por último, en el proceso de investigación deben observarse debidamente los principios y normas generales de respeto a las garantías legales, que en gran número de países constituyen un mandato constitucional que debe respetarse, incluidas, cuando proceda, las normas relativas a la inmunidad jurídica.

*b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación al ministro competente de su aplicación*

13. El organismo encargado de la aplicación de la ley tendría que adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, ciertas resoluciones como, por ejemplo, promover un proceso o exigir la interrupción de determinadas prácticas, denegar o conceder autorización en las cuestiones notificadas, o imponer sanciones, según el caso. A ese respecto, los recursos disponibles en los casos de competencia pueden incluir los habituales mandatos de ejecución o preventivos, emitidos por un tribunal, o la imposición de sanciones pecuniarias. La gama de recursos previstos en un régimen de la competencia debe dar a la autoridad respectiva la flexibilidad necesaria para hacer frente a las diversas circunstancias que pueden plantearse en un caso de derecho de la competencia.

14. La capacidad de decisión del organismo dependerá de su estructura y de su relación con el gobierno y el poder judicial (véase el capítulo IX) y, más específicamente, de si tiene poder de decisión en primera instancia (como en la Unión Europea) o debe actuar por conducto de los tribunales (como en los Estados Unidos).

*c) Efectuar estudios, publicar memorias e informar al público*

15. El organismo encargado de la aplicación de la ley podría realizar él mismo estudios y utilizar con tal fin servicios de expertos, o encargar estudios a terceros. En el Brasil, por ejemplo, la ley establece que la Oficina de Derecho Económico del Ministerio de Justicia llevará a cabo estudios e investigaciones con miras a mejorar la política contra los monopolios. Algunas leyes requieren explícitamente de las autoridades que realicen determinados estudios. Existen varias razones para llevar a cabo un estudio. Por ejemplo, el organismo podría decidir encargar el estudio de:

<sup>5</sup> OCDE, 2018, Challenges and coordination of leniency programmes (DAF/COMP/WP3(2018)1), 5 de junio, disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2018)1/en/pdf).

a) Un sector, o un mercado de bienes y servicios, a fin de determinar si existen barreras estructurales a la competencia en ese mercado;

b) Una práctica comercial o actividad económica concreta (por ejemplo, las ventas condicionadas de bienes y servicios), a fin de determinar las consecuencias de esa actividad para la economía y la competencia;

c) Un aspecto de la legislación sobre la competencia, a fin de averiguar si está alcanzando los objetivos previstos.

16. En los nuevos regímenes de competencia, como el de la Comunidad del Caribe (CARICOM), en cuyo derecho de la competencia se insta a los Estados miembros a “adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la coherencia y la observancia de las normas de competencia”<sup>6</sup> y en circunstancias en las que las instituciones de la Comunidad tienen el mandato de elaborar y establecer “políticas y normas de competencia adecuadas dentro de la Comunidad, con inclusión de normas especiales para los distintos sectores”<sup>7</sup>, se tendrán que realizar estudios jurídicos y económicos para evaluar el nivel de las reformas necesarias para asegurar el cumplimiento por el Estado miembro de las disposiciones del derecho de la competencia de la Comunidad, y formular prioridades de cumplimiento que estén en consonancia con los objetivos y las metas básicas de la Comunidad.

17. Por último, una función importante del organismo, sobre todo en los países en los que se ha promulgado recientemente una ley de defensa de la competencia, consiste en informar al público y a la comunidad empresarial de las repercusiones de la ley sobre la competencia y los límites del comportamiento lícito (promoción de la competencia). Para ello, las autoridades de muchos países publican informes anuales y avisos, folletos y material educativo.

d) *Distribuir formularios y llevar uno o varios registros de las notificaciones*

18. En la legislación de casi todos los países que tienen establecido un procedimiento de notificación figuran disposiciones sobre algún sistema de registro, que ha de estar caracterizado por la transparencia. La Comisión Europea publica un resumen de las concentraciones notificadas en su página web. Algunos países llevan un registro público en el que se inscriben los datos, aunque no todos, suministrados en la notificación. La utilidad de un registro público se basa en la idea de que la publicidad puede servir hasta cierto punto de medio disuasorio para hacer desistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas, a la vez que permite a las personas afectadas por tales prácticas informarse acerca de ellas. Sin embargo, no todos los datos pueden inscribirse en el registro, y una de las razones de ello es que algunos datos se refieren a los denominados “secretos comerciales” cuya revelación podría perjudicar a la empresa de que se trate. No ha de subestimarse la importancia de que los organismos de la competencia no divulguen información comercial confidencial, ya que en caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían sumamente renuentes a contestar con rapidez a las solicitudes justificadas de información.

19. Cuando se utiliza un sistema de notificación o un registro, es importante considerar si es necesario atribuir al organismo de defensa de la competencia la facultad de examinar la necesidad del régimen o, en cambio, si resulta necesario incluir una “cláusula de extinción” que limite la utilización del régimen de notificación tras un hecho o un plazo determinados.

20. La elaboración de formularios estándar para la notificación de las fusiones o de prácticas comerciales restrictivas puede simplificar el proceso de decisión del organismo y asegurar que las partes reúnan la información necesaria para respaldar una evaluación de la competencia antes de dirigirse al organismo.

<sup>6</sup> Tratado Revisado de Chaguaramas por el que se establece la Comunidad del Caribe y la Economía y Mercado Único de la CARICOM (2001), art. 170 1) b) i).

<sup>7</sup> Tratado Revisado de Chaguaramas (2001), art. 182.

e) *Elaborar y publicar reglamentos*

21. El organismo encargado de la aplicación de la ley también debería tener facultades para dictar reglamentos de ejecución que le ayuden en el desempeño de su misión. Habida cuenta de la complejidad del proceso de toma de decisiones en algunos ámbitos del derecho de la competencia, por ejemplo la autorización de fusiones y de prácticas comerciales restrictivas, las autoridades suelen dictar reglamentos que establecen los procedimientos de notificación de transacciones o prácticas, recopilación de información, así como evaluación y toma de decisiones.

22. Es importante publicar instrumentos de interpretación, tales como directrices, manuales de aplicación, notas prácticas y folletos en los que se expliquen las normas relativas al cumplimiento y se establezcan claramente los procedimientos y los criterios de evaluación que se utilizarán para evaluar la presunta conducta anticompetitiva y decidir una acción coercitiva. Además, el organismo debe especificar las normas para mantener relaciones con el organismo de defensa de la competencia durante una investigación, dejando en claro los medios de comunicación que utilizará ese organismo, por ejemplo, si la comunicación se llevará a cabo mediante comunicaciones escritas formales, mensajes electrónicos, conferencias, reuniones preliminares y audiencias. El organismo también debe determinar claramente en un documento publicado los plazos en los que el demandado tiene que formular comunicaciones, teniendo en cuenta que se le debe dar tiempo suficiente para investigar el alcance de las alegaciones, evitando fijar plazos poco realistas y previendo un tiempo suficiente conforme a la complejidad de las cuestiones planteadas en el caso.

23. Las autoridades de muchos países publican también informes o directrices en que describen la forma en que hacen cumplir la ley o los métodos con que evalúan determinadas formas de actividad económica en relación con la legislación sobre la competencia. Por ejemplo, los organismos de defensa de la competencia suelen formular directrices para la evaluación de las fusiones. Esas directrices pueden tener fuerza de ley (si el organismo en cuestión tiene atribuciones normativas) o indicar simplemente cuál es el enfoque del organismo con respecto a la interpretación y la aplicación del derecho de la competencia, sin que este criterio tenga fuerza de ley<sup>8</sup>.

24. La información completa sobre las normas de evaluación y de comunicaciones con el organismo encargado de la competencia en un documento publicado y divulgado ampliamente garantiza que, tanto esa autoridad como el demandado, estén bien informados del asunto durante todo el curso de la investigación, y brinda a ambas partes una perspectiva de la evolución de las cuestiones económicas y jurídicas a medida que avanza la investigación de los hechos. La publicación de las normas también es importante para promover la buena gobernanza en la autoridad encargada de la competencia y un cierto grado de certidumbre para las empresas, reduciendo así al mínimo la posibilidad de cuestionamiento técnico de las decisiones.

f) *Colaborar en la preparación, modificación o revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia*

25. Un número cada vez mayor de nuevas leyes o de leyes reformadas confieren al organismo encargado de la aplicación de la ley, en razón de su alto grado de especialización e incomparable experiencia en su esfera, la función suplementaria de prestar asesoramiento sobre la elaboración de leyes que puedan afectar a la competencia y también de estudiar y someter al Gobierno las propuestas apropiadas de reforma de las leyes correspondientes. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia<sup>9</sup>; en Portugal, donde la Comisión Consultiva en materia de Competencia puede emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre cuestiones relacionadas

<sup>8</sup> Véase *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2004, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

<sup>9</sup> Ley de 15 de noviembre de 1991 sobre organización y actividades de la Comisión de Defensa de la Competencia, art. 4.3.



con la política de la competencia<sup>10</sup>; o en España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>11</sup> y la Dirección General de Defensa de la Competencia.

g) *Fomentar el intercambio de información con otros Estados*

26. El Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas dispone que los Estados deberían establecer en los planos regional y subregional los mecanismos apropiados para promover el intercambio de información sobre las prácticas comerciales restrictivas. Sería conveniente conferir al organismo encargado de la aplicación de la ley la facultad de promover ese intercambio, enunciándolo claramente como uno de sus cometidos.

27. El intercambio de información cumple varias funciones, entre ellas la de compartir conocimientos especializados, fomentar la armonización del derecho de la competencia en todo el mundo y facilitar el intercambio de pruebas. Esto último es cada vez más importante habida cuenta del carácter internacional de muchos cárteles. La posibilidad de intercambiar o compartir pruebas contribuye a garantizar la eficaz aplicación de la normativa anticártel.

28. De hecho, las mejores prácticas en esta esfera de la aplicación de la legislación sobre la competencia sugieren que la tendencia actual consiste en definir los términos de la cooperación entre los países mediante un acuerdo bilateral. Por lo tanto, es cada vez más común que la cooperación se lleve a cabo en el marco de los intercambios de documentos e información previstos en los acuerdos comerciales bilaterales. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994)<sup>12</sup> y el Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Foro del Caribe del Grupo de Estados de África, del Caribe y del Pacífico (CARIFORUM)<sup>13</sup> y la Comunidad Europea y sus Estados miembros<sup>14</sup> prevén una cooperación en la esfera del derecho de la competencia suficientemente amplia para abarcar el intercambio de información y documentación.

29. El intercambio de información y las consultas también están previstos en acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos, Australia, el Brasil, el Canadá, Alemania, Israel, el Japón, México y la Comisión Europea<sup>15</sup>; entre Francia y Alemania<sup>16</sup>; y en un acuerdo multilateral entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Decreto-Ley núm. 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia, art. 13 1), b), c) y d).

<sup>11</sup> Ley núm. 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, art. 26. Para más información, véase Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria de 1992, pág. 66.

<sup>12</sup> El párrafo 2) del artículo 1501 del Tratado establece: “Cada una de las Partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta e intercambio de información relativa a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio”.

<sup>13</sup> Foro del Caribe del Grupo de Estados de África, del Caribe y del Pacífico.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 128 del Acuerdo de Asociación Económica, que autoriza el intercambio de información y la cooperación para el cumplimiento entre todas las partes en el Tratado.

<sup>15</sup> Red Internacional de Competencia, 2018, Members, disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org/members](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/members) (consultado el 22 de abril de 2019).

<sup>16</sup> Véase el encuentro bienal germano francés sobre la competencia, en el que se examinan cuestiones de derecho de la competencia que se plantean en cada uno de esos países y entre ellos, disponible (en alemán) en [www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-FranzoesischerWettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/Deutsch-FranzoesischerWettbewerbstag/deutsch-franzoesischerwettbewerbstag_node.html) (consultado el 22 de abril de 2019). Véase también Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt [organismo de defensa de la competencia de Francia y Alemania, respectivamente], 2016, Competition law and data, disponible en [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf).

<sup>17</sup> Véase [www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/nordic-agreement-on-cooperation-in-competition-cases.pdf).

30. Cualesquiera sean los acuerdos que se celebren, es importante, tanto para las autoridades encargadas de la competencia que formulan solicitudes como para las que responden a ellas, disponer de pleno conocimiento de la legislación interna de la otra parte en materia de confidencialidad, secreto profesional y desacato al tribunal. También es importante que el organismo de defensa de la competencia pueda verificar que la legislación del país que formula la solicitud respeta el derecho de defensa y puede mantener plenamente la confidencialidad que por lo general concede el sistema jurídico del país que formula la respuesta.

31. En relación con este último punto, la OCDE, por ejemplo, ha establecido una serie de prácticas óptimas en materia de intercambio oficial de información. Cuando en los acuerdos multilaterales se determinan los términos de acuerdo entre los organismos encargados de la competencia en materia de intercambio de información, mediante prácticas voluntarias u obligatorias, es necesario que, como complemento de esos acuerdos, los organismos procedan a examinar todos los obstáculos —ya sea en otros tratados o en la legislación nacional— que podrían entorpecer la cooperación efectiva prevista en esos acuerdos multilaterales.

32. Muchos Estados han llegado incluso a incorporar en su legislación sobre la competencia las bases para la cooperación con otros organismos encargados de la competencia. Esta tendencia, que va en aumento, podría convertirse pronto en una práctica común en la esfera de la aplicación del derecho de la competencia. A continuación se examinan algunos planteamientos adoptados en la legislación sobre la competencia.

#### Cuadro 2

#### Planteamientos alternativos en la legislación vigente: Intercambio de información

<i>País</i>	<i>Planteamientos</i>
Argelia	La normativa argelina establece un marco para la cooperación entre la Junta de Defensa de la Competencia y los organismos encargados de la aplicación de la Ley de Competencia en otros países con miras a garantizar una aplicación adecuada de la legislación nacional y extranjera en materia de competencia y fomentar la colaboración y el intercambio de información entre las instituciones interesadas, con sujeción a las normas relativas a la soberanía nacional, el orden público y el secreto profesional. Este marco es conforme con las disposiciones relativas a la cooperación expresadas en el artículo 41 y el anexo 5 del acuerdo de asociación con la Unión Europea <sup>a</sup> .
Australia	<p>En 2007, el Parlamento de Australia promulgó legislación que faculta a la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia para compartir determinados datos obtenidos en sus investigaciones con autoridades gubernamentales nacionales y extranjeras.</p> <p>Anteriormente, la Comisión solo podía revelar la información obtenida mediante sus atribuciones de obtención de información en el curso del desempeño de sus obligaciones o funciones o si así lo requería la ley.</p> <p>Las nuevas disposiciones permiten que la Comisión revele esa información y datos de otro tipo (lo que se conoce como “información protegida”) a organismos o personas específicos si la presidencia de la Comisión considera que la información contribuirá a que ese organismo pueda ejercer sus funciones.</p> <p>Es importante señalar que la sección 155AAA de la Ley de Prácticas Comerciales de 1974<sup>18</sup> permite que la Comisión revele información protegida a un organismo público extranjero. Gracias a esta facultad, la Comisión puede coordinar las investigaciones con homólogos de otros países.</p>

<sup>18</sup> La Ley de Prácticas Comerciales (1974) pasó a denominarse Ley de Competencia y Protección del Consumidor (2010) y entró en vigor el 1 de enero de 2011.

País	Planteamientos
	<p>La información se considerará protegida si, entre otras cosas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Se comunica a la Comisión de manera confidencial y está vinculada a un asunto relacionado con una disposición legal fundamental;</li> <li>b) Se obtiene en virtud del artículo 155 de la Ley de Prácticas Comerciales o de las facultades de registro e incautación de la Comisión y está vinculada a un asunto relacionado con una disposición legal fundamental; o se obtiene en virtud de las diversas atribuciones de la Comisión en materia de recopilación de información sobre el sector de las telecomunicaciones y el régimen de acceso a las telecomunicaciones y está vinculada a un asunto relacionado con las partes XI B o XI C de la Ley;</li> <li>c) Un órgano público extranjero facilita la información de manera confidencial a la Comisión y la información está vinculada con un asunto contemplado en una disposición legal de un país extranjero (o parte del territorio de un país extranjero).</li> </ul> <p>Las nuevas disposiciones reflejan la filosofía expresada en el párrafo 7 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas y son conformes con las Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas, de la OCDE.</p> <p>La sección 155AAA está en consonancia con la cláusula g) del capítulo X de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia y la refuerza. Cabe destacar que la sección ofrece una base legislativa a la Comisión para compartir información con sus homólogos internacionales en las circunstancias apropiadas, incluso en virtud de acuerdos bilaterales celebrados por Australia.</p>
Australia, Canadá y Nueva Zelandia	<p>La Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia, el Comisionado para la Competencia del Canadá y la Comisión Neozelandesa de Comercio comparten información y colaboran en actividades de aplicación sobre la base de un memorando de entendimiento.</p>
Bélgica	<p>La legislación de Bélgica establece la posibilidad de transmitir a los organismos extranjeros que se ocupan de las cuestiones de competencia la información y los documentos necesarios en virtud de acuerdos de reciprocidad sobre asistencia mutua en materia de libre competencia<sup>b</sup>.</p>
Alemania	<p>La Ley alemana contra las restricciones a la competencia prevé en su párrafo 50 a) el intercambio de información confidencial siempre que se respete su carácter confidencial. El organismo de defensa de la competencia de Alemania puede cooperar con otras autoridades de la competencia suministrándoles pruebas de infracciones a la legislación sobre la competencia, especialmente entre los miembros de la Red Europea de Competencia, en el marco de la asistencia recíproca en las investigaciones.</p>

<sup>a</sup> Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por la otra (22 de abril de 2002).

<sup>b</sup> Ley de Defensa de la Competencia Económica, art. 50 b).

### III. Carácter confidencial

#### A. Introducción

33. En la presente sección se examinan los siguientes elementos de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia:

a) Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos;

b) Proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia y que necesiten conservar el anonimato para defenderse de represalias económicas;

c) Proteger el carácter confidencial de las deliberaciones del gobierno respecto de asuntos en curso o pendientes.

34. De conformidad con el párrafo 5 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas deben concederse a los secretos comerciales legítimos las garantías al uso, en especial para proteger su carácter confidencial. El carácter confidencial de la información comunicada al organismo encargado de la aplicación de la ley u obtenida por él también puede protegerse, por lo general, mediante la normativa legal de cada país sobre descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, en algunos países, las leyes sobre competencia contienen disposiciones especiales sobre el secreto de las pruebas obtenidas durante las actuaciones.

35. En cuanto a la protección de la información confidencial, las mejores prácticas en la aplicación de la legislación sobre competencia parecen estar impulsadas por la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento, tanto si cooperan voluntariamente como si lo hacen de manera obligatoria. Otro de los motivos fundamentales en que se basa la definición de las mejores prácticas en esta esfera es el hecho de que la salvaguardia y la protección de la información confidencial ayuda al organismo encargado de la competencia a lograr la cooperación y la confianza de los agentes del mercado de manera sostenible. Los organismos de defensa de la competencia se basan en todos los agentes del mercado para obtener información valiosa que los ayude en su evaluación de los hechos a los que aplican una norma jurídica. Los agentes del mercado, y más habitualmente los competidores de la empresa que es objeto de la investigación, son por lo general la fuente principal de las pruebas que pueden informar sobre la conducta y los efectos de esa conducta sobre el mercado pertinente. Incluso las propias empresas investigadas pueden ser fuentes de información. Por ejemplo, las pruebas en que se basan las autoridades encargadas de la competencia se encuentran por lo general en comunicaciones internas (mensajes de correo electrónico, actas de reuniones, memorandos, etc.) y en documentos comerciales (contratos de ventas de productos). Si la autoridad encargada de la competencia no protege la información facilitada por los agentes del mercado puede encontrarse en una posición en la que ni siquiera las medidas más coercitivas puedan lograr la información sobre la que esas autoridades puedan evaluar objetivamente la cuestión.

36. Por consiguiente, es importante que el organismo permita que el informante señale los documentos que considera confidenciales y dé las razones de esta confidencialidad. El organismo debe brindar orientación sobre los criterios para calificar como confidenciales los documentos y sobre los métodos que utiliza para garantizar la confidencialidad de la totalidad o de partes de un documento.

37. En general, parecería que el elemento común de los organismos que actúan en este ámbito legal consiste en dar un trato confidencial a los documentos que contengan información que, de ser divulgada, podría ocasionar a la empresa de que se trate un perjuicio considerable desde el punto de vista competitivo o comercial. La información confidencial por lo general se protege dando a conocer únicamente versiones de los documentos adecuadamente editadas y asegurando que el personal del organismo encargado de la investigación formule declaraciones escritas o juramentos en los que se

comprometa a no divulgar la información confidencial, excepto por razones legítimamente vinculadas a la investigación.

38. La protección de la información confidencial no debe limitarse a la investigación de infracciones específicas de la legislación sobre la competencia y debe hacerse extensiva también a las investigaciones sectoriales.

### Cuadro 3

#### Planteamientos alternativos en la legislación vigente – Protección de la información de carácter confidencial

<i>País</i>	<i>Planteamientos</i>
Australia	<p>Cuando el Parlamento de Australia introdujo sanciones penales para los actos prohibidos por la legislación anticártel en 2009, también modificó la Ley de Prácticas Comerciales (1974) para mejorar la protección de la información sobre los cárteles proporcionada a la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia, lo que se conoce como información protegida sobre un cártel. El Parlamento reconoció que los denunciantes o informantes estarían más dispuestos a proporcionar información sobre conductas de ese tipo a la Comisión si mejoraba la protección concedida a ese material.</p> <p>La información protegida sobre un cártel se define como la información facilitada confidencialmente a la Comisión en relación con una infracción real o potencial de la legislación penal o civil que prohíbe los cárteles.</p> <p>En términos generales, la Comisión no está obligada a divulgar la información protegida, pero puede hacerlo tras considerar los siguientes aspectos de interés público:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) El hecho de que la información protegida se facilite a la Comisión de manera confidencial;</li> <li>b) Las relaciones de Australia con otros países;</li> <li>c) La necesidad de no entorpecer la acción nacional e internacional en materia de aplicación de la ley, reunión de información sobre delitos e investigación penal;</li> <li>d) En el caso de que sea un informante quien facilite la información protegida: <ul style="list-style-type: none"> <li>i) La protección o la seguridad del informante o las personas relacionadas con este;</li> <li>ii) El hecho de que el uso de un documento con información protegida sobre el cártel o la divulgación de información protegida pueda disuadir a los informantes de facilitar este tipo de información en el futuro;</li> </ul> </li> <li>e) Los intereses de la administración de justicia.</li> </ul> <p>Sin embargo, un tribunal puede pedir a la Comisión que revele información protegida tras sopesar los factores de interés público antes indicados.</p> <p>El régimen que se aplica a la información anticártel protegida restringe también el uso de la información en actuaciones secundarias.</p> <p>Las disposiciones relativas a la información protegida se basan en las cláusulas correspondientes del artículo 2 del capítulo X de la Ley Tipo.</p>
China	<p>El artículo 41 de la Ley Antimonopolio de la República Popular China establece que el organismo encargado de aplicar esa Ley y su personal deben respetar el carácter confidencial de los secretos comerciales que obtengan en el desempeño de sus funciones de aplicación de la Ley.</p> <p>El artículo 38 dispone que cualquier entidad o persona puede denunciar presuntas conductas monopolísticas al organismo encargado de aplicar la Ley Antimonopolio, el cual respetará el anonimato del informante.</p>

<i>País</i>	<i>Planteamientos</i>
Malasia	<p>El artículo 21 de la Ley de Competencia de 2010 estipula la protección de la información confidencial<sup>a</sup> en los siguientes términos:</p> <p>a) Incurre en delito todo aquel que revele o utilice información confidencial sobre una empresa o los negocios de un particular obtenida en virtud de cualquier disposición de la presente Ley;</p> <p>b) Lo dispuesto en la presente subsección no obstará en modo alguno para la divulgación de información cuando:</p> <p>i) La persona que haya facilitado la información consienta en que se divulgue;</p> <p>ii) La divulgación sea necesaria para que la Comisión ejerza sus funciones o atribuciones;</p> <p>iii) Las actuaciones previstas en la presente Ley justifiquen la divulgación siempre y cuando no sea contraria a las instrucciones dictadas por la Comisión o el Tribunal de Apelación de la Competencia que entienda en el asunto;</p> <p>iv) La divulgación se realice en relación con una investigación, una infracción o un delito previstos en la presente Ley;</p> <p>v) La información se divulgue previa autorización de la Comisión a una autoridad que se ocupe de la competencia en otro país en respuesta a una solicitud de asistencia de esa autoridad.</p>

<sup>a</sup> A los efectos de esta sección, se entenderá por “información confidencial” toda información de carácter comercial, mercantil o industrial que esté en posesión de una persona y tenga un valor económico, siempre y cuando no sea del dominio público o esté en poder de terceros.

## **B. Un enfoque moderado en la adopción de las mejores prácticas**

39. El análisis de la formulación de normas relativas al cumplimiento realizado anteriormente recoge algunas de las prácticas comunes y las mejores prácticas de los sistemas de aplicación de la legislación sobre la competencia en el contexto de las técnicas de investigación, el intercambio de información y el mantenimiento de la confidencialidad en los procedimientos. Muchos regímenes de competencia, por ejemplo, han demostrado que un programa de clemencia ayuda a la autoridad encargada de la competencia a obtener más pruebas de las que normalmente obtendría mediante la utilización de métodos tradicionales de obtención de pruebas<sup>19</sup>. Además, en muchos regímenes de competencia la legislación incluye disposiciones destinadas a facilitar la asistencia jurídica recíproca en la investigación y reparación de las infracciones de la legislación sobre competencia, con procedimientos simplificados que ayudan a acelerar el proceso<sup>20</sup>. Asimismo, es frecuente que las autoridades de defensa de la competencia utilicen medidas coercitivas en el marco de su método de investigación y también como medio para sancionar la falta de colaboración con una investigación o el incumplimiento de una medida correctiva impuesta. Por ejemplo, como se ha señalado anteriormente, varios regímenes utilizan las inspecciones y confiscaciones como método para la obtención de pruebas, e imponen sanciones penales o multas elevadas por la no colaboración con la investigación.

40. Por ejemplo, la utilización de medidas coercitivas en la investigación de infracciones de la legislación sobre la competencia puede considerarse práctica óptima para los sistemas de aplicación del derecho de la competencia. De modo análogo, el intercambio de información entre los organismos reguladores de la competencia es cada vez más común y también refleja las mejores prácticas en cuanto a la aplicación de la legislación relativa a la

<sup>19</sup> Por ejemplo, los programas de clemencia adoptados en el Brasil, México y Sudáfrica han permitido una mejor aplicación que en los años anteriores a la puesta en marcha de esos programas en dichos países. Véase UNCTAD/RBP/CONF.7/4.

<sup>20</sup> CARICOM (Tratado Revisado de Chagaramas (2001) y Acuerdo de Asociación Económica).

competencia<sup>21</sup>. Ahora bien, en algunos casos, la imposición de sanciones penales, sea por no colaborar con la investigación o por infracciones de la legislación sobre la competencia, la imposición de multas excepcionalmente elevadas, y la confusión entre las funciones de investigador, fiscal y juez conferidas a una autoridad administrativa, y una gran cantidad de otras funciones definidas conforme a las mejores prácticas internacionales pueden ser objeto de cuestionamientos legales. Por consiguiente, convendría contrastar las mejores prácticas con la legislación nacional de un país antes de adoptarlas. Se debe advertir a los nuevos organismos encargados de la competencia que las mejores prácticas reflejan los enfoques comunes, pero no siempre garantizan el respeto de las garantías procesales, el derecho natural y los principios constitucionales de todas las legislaciones nacionales.

41. La autoridad de defensa de la competencia, que se define generalmente como autoridad encargada de la aplicación de la legislación sobre competencia en muchos ordenamientos jurídicos, debe demostrar, aunque algunas veces sea difícil, que hay una separación entre las fases de instrucción y de adopción de decisiones. Además, es difícil justificar la imposición de sanciones penales y multas de elevada cuantía en un sistema en que la autoridad de la competencia debe también justificar la utilización de recursos públicos y su mera existencia cada año ante un ministerio gubernamental. Por otra parte, es difícil garantizar los derechos fundamentales del demandado (sea que estos se basen en la jurisprudencia, una Constitución o un tratado) cuando el organismo de defensa de la competencia tiene a su cargo múltiples tareas de aplicación de la ley.

42. Por lo tanto, aunque la atribución de ciertas facultades y funciones a la autoridad encargada de la competencia puede constituir un método de aplicación común, quizá no refleja necesariamente la mejor asignación de facultades al organismo encargado de la competencia y, por consiguiente, no se debe considerar estrictamente como la mejor práctica en cuanto a los métodos de ejecución, a menos que se establezcan ciertos frenos y contrapesos. Los métodos coercitivos de la Dirección General de Competencia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos quizá no serían adecuados para ser utilizados en nuevos regímenes de regulación de la competencia en los que el sistema jurídico es notablemente diferente de los sistemas de la Unión Europea y de los Estados Unidos. De hecho, de un examen de la jurisprudencia en materia de competencia en algunos regímenes nuevos de regulación de la competencia, como el de Jamaica, e incluso la jurisprudencia de hace varios años, cuando se instauraron regímenes como el de Australia, se desprende que la utilización de la práctica común o las mejores prácticas internacionales en la formulación de normas procesales, o una legislación de “copiar y pegar” sin introducir cambios, no garantizará que las normas formuladas queden al margen de impugnaciones jurídicas.

43. Un examen de la primera época de la jurisprudencia en materia de competencia en diversos ordenamientos jurídicos ilustra el problema de determinar las facultades y funciones de la autoridad reguladora de la competencia sin prestar la debida atención a su eficacia jurídica en el contexto nacional respectivo. Por ejemplo, el intercambio de información es una cuestión de actualidad en el contexto de la aplicación de la legislación sobre la competencia y muchos países lo han incorporado en su ordenamiento jurídico. Ahora bien, cabe prever que se planteen una serie de cuestiones importantes en relación con el intercambio de información. Por ejemplo, cuando hay actuaciones judiciales en trámite en un asunto relativo a la legislación sobre la competencia, ¿podría un organismo encargado de regular la competencia prestar asistencia a la autoridad reguladora de la competencia de otro país, facilitándole documentos para ayudarlo en una investigación paralela en el país solicitante, sin incurrir en desacato al tribunal? De modo similar, en el contexto de regímenes legales regionales o comunitarios en materia de competencia, como el de la CARICOM o de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, ¿podría la autoridad encargada de la competencia de un Estado miembro llevar a cabo una investigación paralela cuando la cuestión está pendiente ante el tribunal de la Comunidad sin incurrir en desacato al tribunal? Una cuestión análoga se examinó en la primera época de la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia en la causa

<sup>21</sup> OCDE, 2005, Best practices for the formal exchange of information between competition authorities in hardcore cartel investigations, Comité de la Competencia de la OCDE.

*Brambles Holdings Ltd and Another v. Trade Practices Commission*<sup>22</sup>. El caso se refería a las atribuciones de la Comisión, en virtud del artículo 155 de la Ley de Prácticas Comerciales de 1974, de exigir a una persona que facilite información o documentación o que se someta a una investigación llevada a cabo por la Comisión. La Comisión inició una investigación para hallar información y documentación relativas a una investigación en curso en la que se solicitaban sanciones y mandatos por la presunta violación del artículo 45 de la Ley de prácticas comerciales. El procedimiento relativo al artículo 45 había llegado a la etapa en la que el asunto estaba siendo examinado por un tribunal. El tribunal consideró que las cuestiones respecto de las cuales la Comisión solicitaba la comunicación de las pruebas estaban siendo examinadas por el tribunal y, como este examen incumbía al tribunal, la investigación paralela de la Comisión constituía un desacato al tribunal, ya que las acciones de la Comisión constituían una injerencia en el curso normal de la justicia. Es probable que muchos nuevos regímenes de defensa de la competencia que han concluido acuerdos de cooperación en los que el intercambio de información es un objetivo clave se encuentren en una posición similar, en la que se deba adoptar la decisión de entregar pruebas a otra jurisdicción mientras hay procedimientos en curso en un tribunal nacional.

44. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que los procedimientos del derecho de la competencia han de respetar los requisitos básicos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup>. Asimismo, en la primera época del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas comunitarias en materia de competencia, se impugnaron las normas procesales de la Comunidad Europea y esas impugnaciones continuaban. En la actualidad, los profesionales del derecho de toda la Comunidad Europea siguen expresando su insatisfacción con las múltiples funciones desempeñadas por la Dirección General de Competencia.

45. Los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, que también define el procedimiento de la Comunidad Europea en los asuntos judiciales en materia de competencia, no ha tenido ninguna modificación para dar garantías procesales solicitadas reiteradamente por la jurisprudencia de la Comunidad Europea en materia de competencia<sup>24</sup>. Pese a ello, muchos regímenes de competencia, tanto nuevos como en desarrollo, consideran el procedimiento previsto en el Reglamento como un posible modelo para sus normas de procedimiento, e incluso muchas de las normas de la Comunidad Europea son consideradas como las mejores prácticas para aplicar la legislación sobre la competencia. El resultado de copiar esas prácticas óptimas o utilizar las normas de otros regímenes como modelo, sin comprobarlas debidamente, podría resultar perjudicial para una nueva autoridad encargada de la competencia. Por ejemplo, un problema de escasa delegación de funciones llevó a las autoridades encargadas de la competencia de Jamaica y Barbados a convertirse en instituciones “en espera de ser sustituidas”, mientras se adoptaban modificaciones para subsanar los defectos procesales de su legislación. En una decisión histórica del Tribunal de Apelación de Jamaica<sup>25</sup>, se pusieron de manifiesto algunos defectos estructurales en la creación de la Comisión de Comercio Leal de Jamaica, en particular el hecho de que la Ley de Competencia Leal de Jamaica no reconocía a otros funcionarios excepto los comisionados, y tampoco preveía atribuciones para delegar facultades, lo que habría permitido que la Comisión delegara las funciones de investigación a su personal y también que estableciera un cortafuegos entre las personas encargadas de la investigación y de la adopción de decisiones en el seno de la Comisión. La Comisión de

<sup>22</sup> [1980] 32 Australian Law Report 328.

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-276/04, *Compagnie Maritime Belge c. Comisión de las Comunidades Europeas*, párr. 66; y la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa C-338/00 P, *Volkswagen c. Comisión de las Comunidades Europeas* [2003] Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas I-9189, párr. 97.

<sup>24</sup> Si bien el texto del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo no se ha modificado, la jurisprudencia de la Comunidad ofrece algunas salvaguardias y normas procesales que respetan los derechos de la defensa. Muchas de esas normas se recogen en el reglamento interno de la Comunidad y en las notificaciones en las que se define la forma de proceder para investigar las infracciones de las normas relativas a la competencia.

<sup>25</sup> *Jamaica Stock Exchange v. Fair Trading Commission*, Corte Suprema Civil, apelación núm. 92/97.



Comercio Leal de Barbados se enfrenta a problemas similares, ya que el texto de la legislación de ese país reproduce el de la legislación de Jamaica<sup>26</sup>.

46. Además, la derivación histórica del sistema legal y jurídico de muchos regímenes de competencia, nuevos o en desarrollo, ha dado lugar al trasplante de doctrinas constitucionales, tales como la doctrina de la separación de poderes, que es principalmente una doctrina del *common law* y que ha dado sentido a la importancia de la concesión de poderes de cada sector del gobierno a órganos diferentes y en rigor separados. De hecho, esta doctrina está tan arraigada en numerosos sistemas jurídicos que figura explícitamente en algunas constituciones. La separación de las propias instituciones y la asignación de los poderes adecuados a la institución adecuada es, con arreglo a las mejores prácticas, la mejor manera de asegurar el respeto de los derechos fundamentales garantizados de los ciudadanos en el contexto de la aplicación de la legislación sobre competencia, y asegura que las relaciones entre las distintas instituciones se regulen de modo tal que quede excluida la adopción de decisiones arbitrarias, discriminatorias, perjudiciales u orientadas a determinados resultados.

47. El diseño y la asignación óptimos de las facultades de una autoridad encargada de la competencia van más allá de asegurar la separación de poderes y también abarcan cuestiones que requieren la observancia de los principios del derecho natural. Por ejemplo, en Australia, el caso *Daniels Corporation v. Australian Competition and Consumer Commission*<sup>27</sup> planteó la cuestión de si el secreto profesional de los abogados podía verse cuestionado por el artículo 155 de la Ley de Prácticas Comerciales de Australia, al interpretarse que las facultades coercitivas de investigación previstas en dicho artículo no pueden quedar sin efecto por la concesión del secreto profesional. El artículo 155 obliga a facilitar información o pruebas relativas a un asunto que pueda constituir una infracción de la citada Ley. El secreto profesional de los abogados es una de las doctrinas sagradas del *common law* (y también del derecho de inspiración romanista y de los sistemas jurídicos híbridos) que tiene una estrecha relación con el derecho a contar con el asesoramiento de un abogado, que constituye un principio fundamental del derecho natural y, para muchos jueces, es un derecho humano fundamental que debe garantizarse en los procedimientos destinados a hacer cumplir la legislación. En el caso *Daniels*, el Tribunal Supremo de Australia sostuvo que las facultades de investigación de la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor de Australia en virtud del artículo 155 no permitían de ningún modo dejar de lado el secreto profesional de los abogados. En los casos como el de *Daniels* se deja en claro que los principios del derecho natural y otros derechos derivados del *common law* no pueden simplemente dejarse de lado o socavarse por la interpretación implícita de una ley. Además, cuando un estatuto y/o un reglamento conceden una facultad o una función a una autoridad encargada de la competencia, esas facultades, aunque estén expresamente otorgadas, solo tienen una base jurídica sólida y no pueden ser cuestionadas cuando respetan los principios fundamentales del sistema jurídico.

48. Estos casos de la primera época, como el caso *Jamaica Stock Exchange*, demuestran que la no observancia de las doctrinas constitucionales y los principios jurídicos fundamentales cuando se establece la estructura organizativa de un organismo encargado de la aplicación, y en particular la atribución de facultades en el seno de esa estructura, puede frustrar el objetivo de la autoridad, a pesar de que se hayan adoptado métodos de investigación que se ajusten a las mejores prácticas internacionales en el contexto de la aplicación de la legislación en materia de competencia. La adopción de las mejores prácticas internacionales en esa esfera, ya sea en lo relativo a un programa de clemencia o de conciliación, o de métodos para llevar a cabo las investigaciones, no representarían una diferencia positiva para un organismo de defensa de la competencia si esas mejores prácticas no se basan en las normas que rigen las instituciones destinadas a mantener el imperio de la ley en un Estado.

<sup>26</sup> Véase Ley de Competencia Leal de Jamaica, parte II, disponible en <https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Fair%20Competition%20Act.pdf>.

<sup>27</sup> [2002] Tribunal Supremo de Australia 49, 7 de noviembre de 2002.

49. Por consiguiente, todas las instituciones del Estado —incluidas las novísimas instituciones, como las autoridades encargadas de la competencia— deben cumplir las normas constitucionales y las que rigen el sistema jurídico de la jurisdicción correspondiente, que estipulan la forma en que se deben establecer las instituciones y la manera de que se atribuyen facultades a esa institución. El incumplimiento de estas reglas daría lugar a la adopción de decisiones que violarían los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, vulnerarían el principio del derecho natural y podrían dar lugar a decisiones ultra vires. Esto significa necesariamente que, para ser óptima, la estructura de la autoridad de defensa de la competencia —así como la definición de sus facultades y funciones— requiere que se le otorguen facultades y funciones que estén, entre otras cosas, ajustadas a la Constitución y a los principios del derecho natural.

50. Varios regímenes de competencia tienen que contemplar la posibilidad de introducir modificaciones en su legislación a fin de librarse de la calificación de escasa efectividad que actualmente soportan. Un punto de partida para que esos organismos determinen una asignación correcta de facultades y funciones reside en estudiar las leyes modelo sobre competencia que existen en sistemas jurídicos similares. Por ejemplo, los Estados que tienen un sistema jurídico de *common law* pueden estudiar lo que se hace en Australia, el Canadá y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para determinar la correcta asignación de facultades y funciones a la autoridad encargada de la competencia.

### **C. Resumen de las mejores prácticas en la determinación de las funciones y facultades de la autoridad encargada de la competencia**

51. Las normas que regulan las relaciones con la autoridad encargada de la competencia deben diseñarse de modo que el demandado pueda tener un conocimiento evolutivo de la teoría de la infracción de la autoridad de la competencia, evitando fijar plazos poco realistas.

52. La confidencialidad en los procedimientos de derecho de la competencia debe tener por objeto la protección de los derechos fundamentales de la persona y debe respetar las garantías procesales, el derecho natural y la protección de la propiedad comercial.

53. Cuando se establecen las condiciones de la cooperación en materia de intercambio de documentos e información, es importante asegurar que se conceden los derechos de la defensa de cada ordenamiento jurídico, tanto como sea posible, y el reconocimiento y respeto mutuos entre las partes cooperantes.

54. Los tipos de facultades y funciones que se asignan a una autoridad encargada de la competencia se deben establecer de modo tal que puedan sostenerse ante cuestionamientos jurídicos y respeten los principios fundamentales del sistema jurídico que rige la asignación de responsabilidades en el Estado.

---