



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
17 de agosto de 2016
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo

Comisión de Comercio y Desarrollo

Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia

15º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de octubre de 2016

Tema 3 a) del programa provisional

Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos sobre derecho y política de la competencia, examen de la Ley Tipo y estudios relacionados con las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas

Mejora de la seguridad jurídica en la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La seguridad jurídica se considera un principio fundamental reconocido por la mayoría de las jurisdicciones del mundo. Este elemento del estado de derecho constituye un requisito de las necesidades operacionales de los agentes económicos que interactúan en un mercado dado, que atiende así sus legítimas expectativas. Por consiguiente, mejorar la seguridad jurídica en la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales requiere que las decisiones adoptadas por las autoridades de la competencia (con funciones decisorias) y los jueces sean coherentes, para garantizar un sistema eficaz de derecho de la competencia y, lo que es más importante, la legitimidad de ese sistema respecto a los participantes en los mercados, como se expone en la presente nota¹.

A este respecto, los nuevos regímenes de defensa de la competencia se enfrentan, entre otros, a estos importantes retos: la necesidad de que la judicatura desarrolle una interpretación más completa tanto de la legislación en materia de competencia como de las políticas que la apuntalan; y la necesidad de que los nuevos organismos comprendan mejor los procesos judiciales correspondientes y presenten pruebas económicas complejas de una manera que pueda facilitar la evaluación de esas pruebas por los expertos en disciplinas no económicas.

¹ El presente documento no ha sido objeto de revisión editorial oficial.



La labor de la UNCTAD sobre derecho y política de la competencia tiene por finalidad prestar asistencia a los regímenes de defensa de la competencia recientes para que superen esos retos.

Introducción

1. En julio de 2015, la Séptima Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas estableció que la mejora de la seguridad jurídica en la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales era un tema que debía examinar el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. La seguridad jurídica es un principio fundamental del estado de derecho reconocido por la mayoría de las jurisdicciones del mundo. Una definición viable de la seguridad jurídica guarda relación con su aplicación pragmática de la ley, que subraya el principio rector de garantizar la previsibilidad de las decisiones, que incluye tanto la noción de legítima expectativa como de irretroactividad (o irretrospectividad) de la ley. Con respecto a este concepto, la seguridad jurídica en la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales puede mejorarse cuando las autoridades administrativas y los jueces adoptan decisiones coherentes, con lo cual la previsibilidad de esas decisiones puede garantizar un sistema eficaz de derecho de la competencia y, lo que es más importante, la legitimidad del sistema respecto a los participantes en los mercados.

2. Las autoridades de la competencia y las judiciales pueden interactuar en una fase de investigación, durante un proceso de toma de decisiones o tras la adopción de una decisión por una autoridad. En la presente nota se analiza la interacción existente después de que un organismo ha adoptado una decisión, debido a su complejidad y su relevancia respecto a la eficacia y eficiencia de un sistema de defensa de la competencia, así como la capacidad de la judicatura para configurar la política de la competencia y las estrategias de las autoridades de la competencia a fin de mejorar la aplicabilidad de sus decisiones de manera oportuna y coherente.

I. Seguridad jurídica

3. Los organismos que cuentan con órganos decisorios tienen la responsabilidad de adoptar decisiones que en última instancia serán confirmadas por los jueces para garantizar un régimen eficaz y previsible de defensa de la competencia. Esos organismos entran dentro de la tercera categoría de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de las Naciones Unidas². En primer lugar, se debe lograr una coherencia viable en la definición del término competencia utilizado por los juristas, el personal de los organismos de defensa de la competencia (abogados o economistas) y los jueces, garantizando así cierto grado de seguridad jurídica en la aplicación de las normas sobre competencia. Por ejemplo, para los economistas la competencia puede considerarse como un proceso de asignación eficiente, susceptible de suministrar un máximo de bienes y servicios a los consumidores al más bajo precio posible, mientras que para los abogados la competencia puede considerarse como una forma de rivalidad que requiere normas destinadas a garantizar un mínimo de equidad entre los competidores, tanto los grandes como los pequeños. Para algunos, la competencia

² Los organismos de defensa de la competencia aplican principalmente tres modelos institucionales diferentes para organizar sus procesos de toma de decisiones, a saber: el modelo judicial bifurcado, según el cual el organismo está facultado para investigar y obligado a entablar acciones judiciales ante los tribunales ordinarios; el modelo de organismo bifurcado, según el cual el organismo está facultado para investigar y obligado a entablar acciones judiciales ante órganos jurisdiccionales especializados en competencia, con derecho a apelar ante órganos de apelación también especializados o ante tribunales de apelación ordinarios; y el modelo de organismo integrado; según el cual el organismo está facultado para desempeñar funciones de investigación y de decisión, con derecho a apelar ante órganos de apelación ordinarios o especializados.

no se venera sino que se teme por su fuerza destructiva y su capacidad para perjudicar a las empresas y desplazar trabajadores con un gran costo social y humano.

A. Enfoque formalista *versus* enfoque económico

4. En algunas jurisdicciones, ya se trate de regímenes de defensa de la competencia maduros o recientes, el derecho y la política de la competencia se presentan como una herramienta de protección del consumidor y de asignación eficiente. Las partes interesadas consideran cada vez más a la competencia como un proceso dinámico que tiene lugar en determinados mercados. Esto requiere un conocimiento más profundo de la naturaleza del proceso de competencia y del funcionamiento de los mercados para poder formular diagnósticos apropiados en materia de uso o abuso del poder de mercado.

5. El enfoque económico requiere que los que toman las decisiones examinen lo que podría ocurrir al mercado en ausencia de la situación investigada y el escenario contrafactual, y adopten una decisión basada en pruebas, hechos y datos y no en presunciones o análisis meramente formales desconectados de la realidad del mercado. En consecuencia, se debe determinar un parámetro de referencia para garantizar el respeto del principio de seguridad jurídica por los organismos de defensa de la competencia con funciones decisorias a nivel administrativo, y si el enfoque será formalista o económico, así como el enfoque que deben aplicar los tribunales respectivos para garantizar la seguridad jurídica a las empresas.

6. En el caso de los regímenes de defensa de la competencia recientes, los jueces deben tener presentes los principios y fundamentos económicos de la aplicación de las normas sobre competencia antes de que pueda tener lugar la transición de un enfoque formalista a un enfoque económico. Por ejemplo, en la Unión Europea se aplicó durante 40 años un sistema formalista del derecho de la competencia, tras los cuales la Unión Europea cambió por un enfoque más económico, como se detalla en el recuadro 1. Sin embargo, los regímenes de defensa de la competencia recientes pueden tener problemas con los jueces que comprenden la incidencia de la rentabilidad en los mercados y la competencia. Por consiguiente, puede resultar conveniente aplicar una estrategia en dos etapas, en virtud de la cual inicialmente puede establecerse un enfoque formalista que evolucione posteriormente hacia una visión económica. Si los regímenes de defensa de la competencia recientes con funciones decisorias aplican un razonamiento económico en sus decisiones administrativas, esto puede ayudar a los jueces a comprender mejor el razonamiento. Si se debe garantizar la seguridad jurídica en la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales, habrá que incorporar en las evaluaciones consideraciones legales sustantivas (cálculo de las multas) y de procedimiento (criterio probatorio y otros aspectos). Estos aspectos se examinan en los párrafos siguientes.

Recuadro 1

Aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de competencia: Cambio de enfoque

Hasta 2003, la Unión Europea se basó en gran medida en un sistema *ex ante* de aplicación de las normas sobre competencia. La legalidad de una práctica dada se solía verificar contrastándola mediante un sistema de listas, en particular una lista negra de prácticas prohibidas (como la cláusula del cliente más favorecido) y una lista blanca de medidas autorizadas (como los acuerdos de distribución selectiva). Las consideraciones económicas relacionadas con las circunstancias concretas de la situación examinada, como la definición de mercado o el poder de mercado, si bien no estaban ausentes, no eran tan predominantes como habrían debido ser.

Cabe destacar el papel de los jueces de la Unión Europea en la evolución hacia una mayor aplicación del enfoque económico. Algunos casos emblemáticos, como *Delimitis* o *Woodpulp*, pusieron de relieve el razonamiento económico que sustentaba las decisiones de la Comisión Europea. Por ejemplo, en el último caso el tribunal dudaba de que la alegación de fluctuaciones paralelas de precios observadas en un mercado oligopólico pudiera ser prueba suficiente de la existencia de colusión. En 2002, unas pocas decisiones emblemáticas de la Comisión Europea, en particular en el ámbito del control de las fusiones, fueron anuladas por el Tribunal General de la Unión Europea.

Fuente: Contribución aportada durante la reunión de la UNCTAD sobre fomento de la capacidad de los jueces, 2012.

B. Cálculo de las multas

7. En una encuesta realizada por la International Competition Network sobre 17 organismos de defensa de la competencia se evaluó el papel de los jueces y sus interacciones con las autoridades de la competencia en la aplicación de la política de la competencia. Los organismos encuestados señalaron que los principales motivos de anulación de sus decisiones por los jueces variaban desde problemas relacionados con el cálculo de las multas y criterios probatorios adoptados en casos de competencia considerados inapropiados hasta problemas sobre cuestiones de procedimiento³. Los organismos de defensa de la competencia suelen señalar que no pueden cobrar inmediatamente las multas debido a las revisiones judiciales pendientes. De ahí que sea fundamental acelerar el proceso de revisión de los casos de competencia sensibilizando a los jueces sobre la forma en que se han calculado las multas y el parámetro de referencia aceptado, que observa el principio de proporcionalidad de las multas y otros principios conexos.

1. Determinación de sanciones apropiadas

8. Esencial para determinar las sanciones apropiadas es la elección legislativa destinada a adoptar determinado sistema de sanciones (administrativas o penales, o medios de ejecución privada) y el nivel de ejecución (adopción de sanciones en un caso concreto de competencia)⁴. Sin embargo, cualquier sanción, con independencia de su naturaleza, solo producirá el efecto disuasorio deseado si la probabilidad de detectar y reprimir una conducta ilícita es suficientemente elevada y si el monto de las multas impuestas es significativo. El marco legal debe prever multas que sean como mínimo iguales a las ganancias financieras resultantes de la conducta anticompetitiva.

³ International Competition Network, 2006, informe de una encuesta sobre la relación entre las autoridades de la competencia y las judiciales.

⁴ Si bien la mayoría de las leyes en materia de competencia prevén sanciones administrativas o civiles en los casos de conductas contrarias a la competencia, existe una tendencia a la criminalización de esas conductas. Históricamente, solo los Estados Unidos de América han impuesto sanciones penales, consistentes en penas privativas de la libertad, a las personas involucradas en casos de violación de la legislación sobre competencia, aunque otros países tienen disposiciones vigentes pero no las aplican. Actualmente, otros países, como el Canadá, Israel, el Japón o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, imponen sanciones penales a individuos para combatir los cárteles intrínsecamente nocivos. El debate sobre este tema está en curso.

2. Sanciones apropiadas en un caso concreto

9. Determinar el monto adecuado de las multas es una actividad exigente. La multa debe ser como mínimo igual a las ganancias financieras resultantes de la conducta anticompetitiva para constituir un elemento disuasorio eficaz. En la mayoría de los países, la ley no prevé un monto fijo para las multas sino solo un monto máximo, lo que otorga cierto grado de discrecionalidad al organismo de defensa de la competencia para determinar el importe apropiado de las multas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso⁵. Varios organismos de defensa de la competencia han aprobado directrices sobre el método para establecer el monto de las multas, que permiten promover la transparencia y la igualdad de trato. Esas directrices suelen hacer referencia al valor de la venta de los bienes o servicios relacionados directa o indirectamente con la infracción, como punto de partida para determinar la multa apropiada. Circunstancias agravantes como la continuidad o la repetición de la infracción, o el hecho de desempeñar un papel importante en su materialización, pueden dar lugar a la imposición de una multa mayor, mientras que las circunstancias atenuantes pueden generar una reducción. Más importante aún es que la cooperación del infractor de las normas sobre competencia en el marco de un programa de clemencia justifica la reducción de la multa correspondiente.

3. Forma de garantizar el cumplimiento efectivo de las sanciones

10. Los organismos de defensa de la competencia recientes, en particular en los países en desarrollo, tienen grandes dificultades para aplicar sus decisiones. En caso de incumplimiento de las sanciones impuestas, algunos organismos no están facultados legalmente para garantizar su cumplimiento. Por ejemplo, en Indonesia y Mauricio los organismos deben recurrir a la intervención de los tribunales si una empresa no paga la multa impuesta. En tales situaciones, el funcionamiento del sistema judicial de un país también afecta las posibilidades de ejecución de su organismo de defensa de la competencia. Esto significa que el mal funcionamiento del sistema de justicia ordinaria puede constituir un obstáculo para el cumplimiento efectivo de las normas sobre competencia. Por ejemplo, Kenya ha informado de que su organismo de defensa de la competencia no está facultado para adoptar decisiones vinculantes en los casos de infracción de las normas sobre competencia, sino que depende de la acción ministerial a este respecto, mientras que el Perú ha informado de que la duración de las actuaciones judiciales durante las cuales el juez puede ordenar la suspensión de una decisión constituye un serio problema para el cumplimiento efectivo de las normas sobre competencia. Aunque el organismo de defensa de la competencia esté facultado legalmente para hacer cumplir sus decisiones, en la práctica puede carecer de los conocimientos especializados y demás recursos necesarios para hacerlo.

C. El criterio probatorio en las causas sobre competencia

11. Las normas de procedimiento son la expresión de las debidas garantías procesales y de la equidad procesal. Por consiguiente, los procedimientos y el derecho de la prueba no pueden analizarse separadamente de los aspectos sustantivos del derecho de la competencia. La principal herramienta de que disponen los tribunales son las normas de procedimiento, entre las cuales las más importantes tal vez sean las normas sobre la prueba. El procedimiento permite obtener resultados y el derecho de la prueba suele determinar quién gana y quién pierde en los tribunales. El derecho de la competencia y las pruebas

⁵ Por ejemplo, según la legislación de la Unión Europea en materia de competencia, el monto final de una multa no debe exceder el 10% de la facturación total realizada durante el ejercicio económico anterior por la empresa o la asociación de empresas involucradas en la infracción.

económicas no necesitan ser convincentes; los fallos sobre cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia no son más problemáticos o difíciles que cualquier otra forma de pleito complejo, como los que se plantean en materia de medio ambiente, medicina o cuestiones tributarias complejas. Los tribunales deben asesorarse debidamente con expertos como los economistas antes de adoptar conclusiones y pronunciar sentencias, y deben respetar las debidas garantías procesales y resolver los pleitos conforme a derecho.

12. Uno de los principales objetivos generales de la política de la competencia en el mundo, por ejemplo en la Unión Europea, es armonizar el derecho de la competencia con las consideraciones económicas, con una incidencia sustancial del contenido de la ley, que implique una evolución desde un enfoque formalista, legal —casi literario— hacia una forma de evaluación económica más contextualizada y dinámica basada en pruebas y datos. Algunas prácticas que anteriormente se consideraban anticompetitivas y, por ende, ilegales se consideran ahora como legítimas o, por lo menos, no merecedoras de la intervención del Estado. A la inversa, dado el carácter sofisticado de las herramientas económicas, prácticas anticompetitivas que anteriormente habrían podido pasar desapercibidas o escapar a una minuciosa investigación se consideran ahora ilegales.

13. Conciliar el derecho de la competencia con las consideraciones económicas no es más que una parte del problema en cuestión y hay otros intereses en conflicto. El derecho de la competencia no puede reducirse a un ejercicio casuístico; debe ser previsible y transparente, para poder ser interpretado y aplicado eficazmente, especialmente por los tribunales. Por ejemplo, ahora se considera que los cárteles son una forma de conspiración cuasipenal (o un delito penal en algunos Estados), sujeto a penas severas. Dado el carácter represivo de la legislación anticárteles, los pleitos en este ámbito se limitan a los aspectos de procedimiento o los relacionados con las debidas garantías procesales, que no tienen en cuenta las consideraciones económicas. Los tribunales deben tratar de aplicar la ley de una manera tal que el sistema siga siendo inclusivo, sólido, eficiente, previsible y equitativo.

14. En otros ámbitos, la finalidad del criterio probatorio es instruir al investigador acerca del grado de confianza que la sociedad considera que él debería tener respecto a la corrección de las conclusiones fácticas de determinado tipo de decisiones judiciales (Suprema Corte de los Estados Unidos, en *Winship* 397 US358, 370 (1970)). El propósito del criterio probatorio es repartir el riesgo de error entre los litigantes e indicar la importancia relativa otorgada a la decisión final. El grado de persuasión requerido de una prueba para que se la considere determinante como una violación del derecho de la competencia y el criterio de revisión aplicado por un tribunal, así como la intensidad del examen practicado por un tribunal, difieren según el tipo de actuaciones. La carga legal difiere en las causas administrativas (revisión de la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas), los procesos cuasipenales (decisión sobre las penas impuestas a los infractores de la legislación antimonopolio) y los procesos civiles (tramitación de las demandas por daños y perjuicios basadas en los motivos previstos en la legislación sobre la competencia, presentadas, por ejemplo, por las víctimas de un cártel).

1. Determinación del criterio probatorio en las causas sobre competencia

15. La determinación del criterio probatorio aplicable a una causa sobre competencia ha generado controversia y debate académico en los países desarrollados. Nociones tales como las de equilibrio de probabilidades (criterio probatorio en las causas civiles), demostración más allá de toda duda razonable (en las causas penales) y prueba convincente y contundente

(en otras esferas intermedias) son intentos para extrapolar tradiciones jurídicas angloamericanas a países con sistemas de derecho romano⁶.

2. Presentación de pruebas económicas en los tribunales

16. Los jueces con formación jurídica pueden tener conocimientos limitados en temas económicos, por lo que los análisis y pruebas económicos deben presentarse de manera clara y sencilla. Se deben explicar minuciosamente las implicaciones de los modelos y estadísticas teóricos. Se recomienda que las pruebas económicas vayan acompañadas de la utilización de gráficos y otros medios. Las pruebas económicas apoyan el razonamiento jurídico pero no lo reemplazan. El Tribunal Supremo de Suiza, en su fallo de 29 de junio de 2012 relativo a Publigroupe, señaló lo siguiente: El análisis de mercado es complejo y las bases de datos suelen ser incompletas. Por lo tanto, las pruebas que tienden a demostrar correlaciones económicas y/o estadísticas no pueden estirarse demasiado. De ahí que sea imposible tener pruebas en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, la lógica del análisis económico y la probabilidad de su exactitud deben ser convincentes y comprensibles. En *Rhône-Poulenc SA c. la Comisión Europea (1991)*, el Abogado General señaló que “los análisis económicos constituyen a menudo una parte importante del material de prueba en los asuntos sobre Derecho de la competencia y pueden tener un gran valor para la comprensión, por parte del Tribunal de Primera Instancia, del contexto económico. De este modo, es importante obtener información sobre la manera en que un mercado oligopolístico supuestamente reacciona frente a diferentes factores. Pero [...] los estudios de expertos en economía no pueden sustituir a la apreciación y a la solución jurídicas”.

3. Pruebas directas versus pruebas indirectas en los casos de competencia

17. El análisis de la competencia adopta un criterio de ilegalidad intrínseca respecto a determinadas conductas y un criterio de razonabilidad respecto a otras. Las pruebas indirectas pueden ser circunstanciales e incluir pruebas de comunicación o económicas; las primeras son pruebas de que los operadores de los cárteles se han reunido o comunicado de alguna otra manera, pero no describen el contenido de las comunicaciones. Las pruebas de conducta son decisivas porque incluyen pruebas de conductas paralelas de los presuntos miembros de los cárteles como aumentos simultáneos o idénticos de precios, o pautas de licitación sospechosas.

4. Pruebas directas en los casos de cárteles

18. Por definición, no puede haber pruebas directas de un acuerdo (contrato) tácito entre competidores. En la mayoría de los casos, no hay pruebas directas de un acuerdo anticompetitivo explícito. Si un tipo de acuerdo horizontal no está en sí prohibido por la legislación sobre la competencia, se debe evaluar si es anticompetitivo. Por ejemplo, algunos intercambios de información son anticompetitivos pero otros favorecen la eficiencia, mientras que un acuerdo de cooperación en materia de investigación y desarrollo puede ser anticompetitivo o no. Las pruebas circunstanciales (indirectas) se utilizan en las causas sobre cárteles. Las pruebas económicas pueden ser ambiguas y deben ser

⁶ La existencia de una doctrina del criterio probatorio ha sido descartada por algunos comentaristas judiciales porque en algunas tradiciones judiciales europeas no se recurre a ella. Véase H. Legal, 2006, Standards of proof and standards of judicial review in European Union competition law, en B. Hawk, ed., *International Antitrust Law and Policy: Fordham Corporate Law 2005* (Juris Publishing); y E. Gippini-Fournier, 2011, The elusive standard of proof in European Union competition cases, y F. Castillo de la Torre, Evidence, proof and judicial review in cartel cases, en C.-D. Ehlermann y M. Marquis, eds., *European Competition Law Annual 2009* (Hart Publishing, Oxford).

interpretadas correctamente por los investigadores, los organismos de defensa de la competencia y los tribunales⁷.

II. Criterios de revisión judicial de los casos de competencia

19. En su labor de investigación, la UNCTAD ha abordado la revisión judicial como un requisito del debido respeto de las garantías procesales y del estado de derecho que puede prevenir las decisiones viciadas en los casos de competencia que infrinjan los derechos de los destinatarios y los terceros⁸.

A. Diferentes sistemas de revisión judicial de los casos de competencia

20. Como se indica en el cuadro, en muchas jurisdicciones la revisión judicial está reservada a los tribunales administrativos o estos actúan como tribunales de primera instancia. Algunas jurisdicciones, como Sudáfrica o Singapur, han constituido tribunales de apelación especializados en competencia. En algunos casos, las decisiones resultantes de la revisión judicial de los casos de competencia fueron anuladas por las autoridades administrativas en situaciones excepcionales, como en Croacia⁹.

Desglose de los diferentes tipos de órganos de revisión judicial en los casos de competencia

<i>Tribunales administrativos</i>	<i>Tribunales judiciales</i>	<i>Tribunales o juzgados especializados en competencia</i>	<i>Tribunal de última instancia</i>
Colombia	Alemania	Australia	Bulgaria
Croacia	Argelia	Austria	Chipre
Eslovenia	Australia	Canadá	Francia
Estonia	Bélgica	Dinamarca	Turquía
Grecia	Brasil	El Salvador	
Italia	Côte d'Ivoire	Finlandia	
Letonia	Eslovaquia	India	
Suiza	Francia	Kenya	
Túnez	Malta	Perú	
Venezuela (República Bolivariana de)	Países Bajos	Polonia	
	Panamá	Portugal	
	Rumania	Reino Unido	
		República Checa	

Fuente: UNCTAD, 2007, *Ley Tipo de Defensa de la Competencia* (publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra).

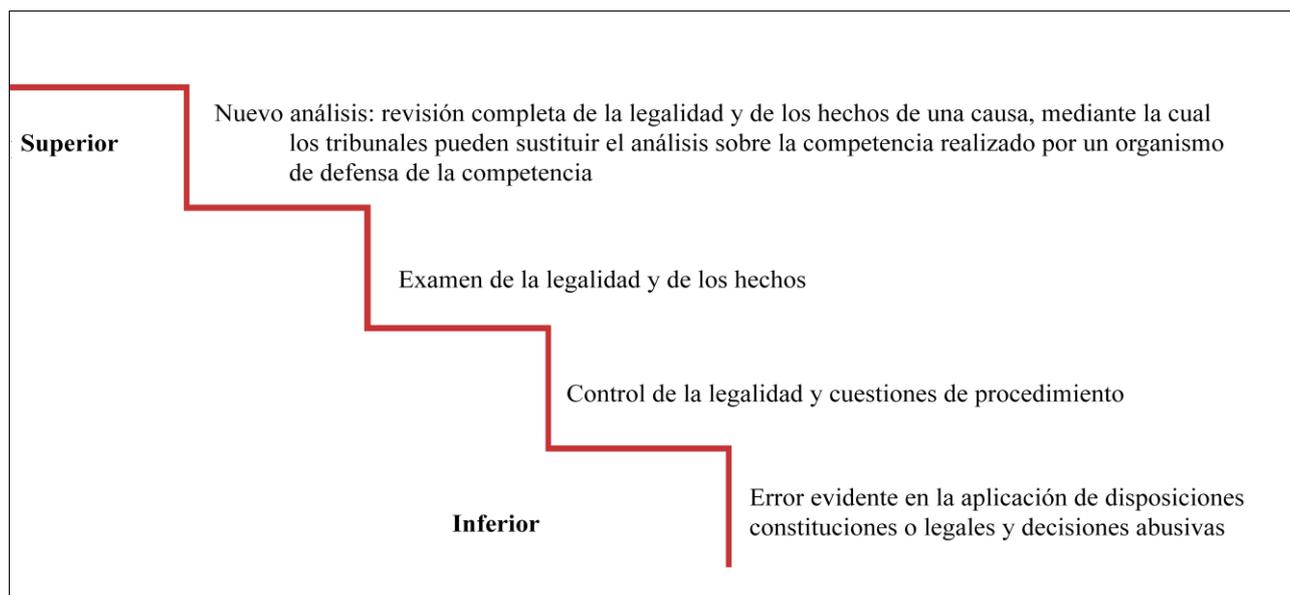
⁷ La pregunta de si los tribunales de la Unión Europea deben basarse exclusivamente en las pruebas directas o fallar sobre la base de pruebas indirectas ha recibido lo que parece ser una respuesta definitiva; en el contexto cuasipenal de los cárteles, en el que es más probable que se plantee esta pregunta, los tribunales aceptan rutinariamente la utilización de pruebas circunstanciales o indirectas.

⁸ Véanse TD/RBP/CONF.7/3 y TD/RBP/CONF.7/5.

⁹ Véase TD/RBP/CONF.7/5.

21. Sea como fuere, los principios de independencia y separación de los poderes, así como la existencia de revisiones judiciales de las decisiones de los organismos de defensa de la competencia, sea por conducto de los tribunales ordinarios o de los tribunales administrativos, deben garantizar la equidad y la integridad en la toma de decisiones. Sin embargo, el criterio de revisión judicial difiere ampliamente en las diferentes jurisdicciones. La UNCTAD ha constatado la existencia de al menos cuatro criterios de revisión diferentes en los regímenes nacionales de defensa de la competencia, que se resumen en el gráfico. Los cuatro criterios adoptados por las judicaturas se describen en los siguientes párrafos.

Nivel de revisión de los casos de competencia por los jueces



22. Un nuevo análisis implica la revisión completa de la legalidad y de los hechos de una decisión tomada por un organismo de defensa de la competencia. Por ejemplo, los tribunales pueden sustituir el análisis antimonopólico realizado por un organismo. El principio de deferencia¹⁰ no es particularmente aplicable a este nivel. El caso *Menarini*, detallado en el recuadro 2 (incluida su repercusión en la aplicación de las normas sobre competencia en la Unión Europea), es un ejemplo emblemático de este enfoque y de la posición del sector privado que espera la tramitación judicial completa del caso¹¹.

¹⁰ El principio de la deferencia judicial respecto a las interpretaciones administrativas de la ley tiene que ver con la separación de los poderes y sugiere que la interpretación de las normas técnicas por un organismo administrativo sería en ciertos casos más adecuada que las interpretaciones genéricas realizadas por los tribunales judiciales, y que en tales casos el tribunal sometería su decisión a la de otra parte legítima, como el poder ejecutivo en los casos de aplicación de las normas sobre competencia (véase <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>).

¹¹ “Judicial review in competition cases needs to provide for a full and intense review on the factual and legal merits of the decisions under appeal if it is to fulfil its role and meet the challenges involved in these cases which involve not only the vital interests of the parties but frequently their fundamental rights. In particular, since the appeal against an authority’s decision will be the first occasion upon which the matter is reviewed by an independent judicial body in the cases we are here examining, it is appropriate that the appeal provide for full, unlimited jurisdiction for the court to review the case. A full review enables the court to assess the correctness, on the merits, of the authority’s decisions, not just its legality. It also enables the court fully to review the penalty” (Comité Asesor sobre el Comercio y la Industria, 2011, Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, DAF/COMP(2011)122).

Recuadro 2

Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Criterio de revisión en los casos de competencia

La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la puesta en práctica de las normas sobre competencia en Europa sigue siendo una cuestión controvertida y ardua. Se originó en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en *A. Menarini Diagnostics c. Italia* (sentencia de 27 de septiembre de 2011), en la que se afirmaba que el derecho fundamental a un juicio equitativo requería que los tribunales examinaran minuciosamente, sin limitaciones, las decisiones de los organismos de defensa de la competencia por las que se imponían sanciones penales o cuasipenales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó un enfoque pragmático, señalando que, incluso si el procedimiento imponía una forma de criterio deferencial en virtud del cual los tribunales no debían interferir en el margen de discrecionalidad de los organismos de defensa de la competencia, la aplicación de esa norma constituía, en la práctica, el elemento significativo para el Tribunal.

Según la jurisprudencia de la Unión Europea, al abordar evaluaciones técnicas o económicas complejas, los tribunales suelen deferir la decisión a la Comisión Europea, ya que la ley otorga a esta un amplio margen de discrecionalidad en la aplicación de las normas sobre competencia, y los tribunales suelen abstenerse de interferir en la política de la Comisión. Pese a ello, en 2011 se pidió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que revisara esta posición a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Menarini*, y el Tribunal de Justicia sostuvo que, pragmáticamente, la función del tribunal de primera instancia de la Unión Europea era la de practicar una forma no deferencial de revisión de las decisiones por las que se imponían multas y, en su caso, establecer directamente el monto de las multas que considerase apropiado. Es decir, que tendería a la aplicación del criterio del nuevo análisis.

El resultado fue que los tribunales de la Unión Europea se apartaron del criterio deferencial de revisión en los casos de sanciones cuasipenales, y la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos llevó a los tribunales, en la práctica, a aplicar un criterio muy semejante al criterio de la prueba más allá de toda duda razonable, en ocasiones refiriéndose incluso a este, como en *Dresdner Bank y Otros c. la Comisión*, en que el tribunal sostuvo que “[L]a existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa”.

Dado el énfasis puesto en instrumentos de derechos humanos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parece improbable que los tribunales de la Unión Europea se distancien de este enfoque en el futuro.

Fuente: Contribución aportada durante la reunión de la UNCTAD sobre el fomento de la capacidad de los jueces, 2012.

24. Revisión de la legalidad y de los hechos. Este criterio difiere del nuevo análisis en el sentido de que los tribunales no sustituyen la decisión del organismo de defensa de la competencia sino que proceden a una remisión, sosteniendo que el organismo debe reevaluar el caso de acuerdo con las directrices e instrucciones del tribunal. El enfoque de los jueces es mixto; algunas jurisdicciones optan por un enfoque más amplio que entraña

instrucciones precisas sobre la forma en que el organismo debe reevaluar el caso, mientras que otros dejan al organismo la discrecionalidad necesaria para reevaluar el caso. Por ejemplo, Bulgaria (como Estado miembro de la Unión Europea) ha informado de que, en los últimos años, los tribunales han anulado pocas decisiones, y las anulaciones decididas se basaban principalmente en motivos relacionados con los criterios probatorios de la infracción de las normas sobre competencia, por lo que las actuaciones se devolvieron a la Comisión de la Competencia para su examen, principalmente en los casos en que el tribunal de revisión confirmó que se habían violado las normas de procedimiento durante las actuaciones administrativas sustanciadas ante el organismo¹².

25. Control de la legalidad y aspectos procedimentales. En menor medida, los tribunales se limitan a verificar si la legalidad de un acto administrativo que entraña una decisión de un organismo se conforma al principio de legalidad y a la equidad procesal. En muchas jurisdicciones, los organismos de defensa de la competencia recientes pueden tender a preferir este criterio porque los jueces no conocen las cuestiones relacionadas con el análisis del derecho de la competencia y el análisis económico. El principio de deferencia se utiliza para justificar la discrecionalidad técnica que debe ejercer el organismo al tomar una decisión sobre un caso de competencia. En la encuesta realizada por la International Competition Network se señala que la mayoría de las jurisdicciones favorecen una revisión procedimental de los casos de competencia, mediante la cual el órgano de apelación se limita a examinar los aspectos legales, incluyendo un examen de los procedimientos adoptados por el organismo de defensa de la competencia en el ejercicio de sus funciones de investigación y decisión, en vez de realizar un nuevo examen de las pruebas y los argumentos jurídicos¹³. Por ejemplo, en Chile el organismo de defensa de la competencia se divide en una oficina nacional de enjuiciamiento y un tribunal especial para la competencia (sala especializada de la Corte Suprema) y, dadas las características de este mecanismo institucional, los profesionales del derecho de la competencia entienden que la revisión por la Corte Suprema puede limitarse al control de la legalidad de las decisiones de los tribunales¹⁴.

26. Error directo en la aplicación de las disposiciones constitucionales y las disposiciones legales conexas, y decisiones abusivas. La aplicabilidad de este criterio y la preferencia por el mismo es el resultado de un enfoque clásico y más formalista para los profesionales del derecho de la competencia. En virtud de este criterio, los jueces solo deben intervenir, con carácter subsidiario, si existe un error constitucional directo y manifiesto o una decisión abusiva de un organismo de defensa de la competencia en la aplicación de las normas sobre competencia. Los motivos para la revisión suelen incluir la falta de jurisdicción, los vicios de procedimiento y el error de derecho, el razonamiento erróneo, el error de apreciación manifiesto y el error de hecho. Este criterio refleja una forma precursora de aplicación de las normas sobre competencia en las jurisdicciones maduras, pero sigue siendo tenido en cuenta por otras jurisdicciones en las que los jueces y

¹² Contribución aportada por la Comisión de la Competencia de Bulgaria, 2016.

¹³ En consecuencia, no se pretende que los tribunales sustituyan su propia apreciación sino que verifiquen si el organismo de la competencia ha abusado de sus facultades discrecionales. En este sentido, la revisión judicial suele considerarse como un proceso definitivo en el que se dicta sentencia sobre la base de los resultados obtenidos o las medidas ya tomadas, a saber, las decisiones adoptadas por el organismo de la competencia según que la facultad de decidir recaiga en el director general, una junta de comisionados o un órgano cuasijudicial independiente que adopte la forma de un tribunal especializado en cuestiones de competencia, como ocurre en el Brasil, el Perú, el Reino Unido y Sudáfrica. Véase International Competition Network, 2006.

¹⁴ Una disposición sobre el derecho de la competencia apoya esta interpretación enumerando los temas que pueden apelarse. Sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema ponen de manifiesto que esta puede anular cualquier decisión de un tribunal basada en el fondo de la cuestión y diferentes criterios, e incluso cambiar las penas impuestas, aumentándolas o reduciéndolas.

los profesionales del derecho conocen menos el derecho y la política de la competencia. En tales casos, la UNCTAD establece programas especiales de fomento de capacidad e iniciativas de asistencia técnica (véase la sección III). Un ejemplo de esa revisión judicial se encuentra en las evaluaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las decisiones relativas a los compromisos tomadas por la Comisión Europea¹⁵. En su sentencia de 29 de junio de 2010 en *Comisión Europea c. Alrosa Company Ltd.*, el Tribunal aclaró que el Tribunal General no podía proporcionar su propia evaluación de circunstancias económicas complejas y sustituir así la evaluación de la Comisión por su propia evaluación, interfiriendo de esa manera en la discrecionalidad de la Comisión en vez de examinar la legalidad de su evaluación, y aclaró también que, con respecto al artículo 9 del Reglamento núm. 1/2003 del Consejo Europeo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la revisión judicial se limitaba a establecer los errores manifiestos. El carácter voluntario de los compromisos y el principio de la economía procesal¹⁶ parecen ser los principales fundamentos de la sentencia del Tribunal.

B. Problemas existentes en las revisiones judiciales de los casos de competencia y su repercusión en el principio de seguridad jurídica

27. La revisión judicial plasma positivamente el principio de seguridad jurídica. La primera cuestión que debe examinarse es si el marco legal e institucional existente en una jurisdicción dada es suficientemente y expresamente claro para dividir el trabajo de los tribunales y los organismos en materia de aplicación de las normas sobre competencia. Esto es fundamental para que los regímenes de defensa de la competencia recientes conformen los medios que permitan establecer cómo deben aplicarse las normas sobre competencia y para garantizar que la legitimidad de un sistema sea aceptada por los profesionales.

28. En algunas jurisdicciones, el criterio de la revisión de un régimen de defensa de la competencia puede ser poco claro. Hay diferentes partes interesadas que pueden alegar legitimidad para tratar los casos de competencia, así como diferencias en la forma en que un sistema otorga el mandato necesario para hacerlo. A este respecto, los organismos de defensa de la competencia suelen reivindicar la aplicación total del principio de deferencia, en virtud del cual los tribunales solo controlan la legalidad del acto administrativo, como se detalla en el párrafo 25. A su vez, pese a sus limitaciones en la interpretación de la dinámica de la competencia y el análisis antimonopólico —cuando deben, por ejemplo, individualizar un mercado relevante en un caso dado— los tribunales suelen alegar que una revisión no solo de la legalidad sino también de los hechos debe formar parte de la revisión judicial. La UNCTAD ha establecido que este es un problema importante que enfrentan los regímenes de defensa de la competencia recientes, que se ve exacerbado cuando existe una falta evidente de familiaridad de los jueces que tienen una formación jurídica tradicional con los conceptos económicos del derecho de la competencia, como la restricción de la competencia, la exclusión del mercado o el abuso de poder de mercado. En respuesta a esa falta de conocimientos, los jueces tienden a emplear cánones tradicionales de construcción, como al considerar el significado de los términos o al aplicar una construcción estricta al lenguaje legislativo que, en la evaluación de los casos de competencia, se adapta mal a la aplicación de las normas sobre competencia. Esto suele suscitar puntos de vista divergentes

¹⁵ N. Harsdorf, 2011, Article 9 commitment decisions: Some comments on key questions in light of the recent case law of the Court of Justice of the European Union, *Austrian Competition Journal*, 3(5).

¹⁶ Definida como la eficiencia de la tramitación en términos de costos y tiempo beneficiosa no solo para las partes sino también para el sistema judicial y, por consiguiente, para los recursos públicos en general.

entre los organismos de defensa de la competencia y los jueces respecto a la interpretación de las normas sobre competencia en un caso dado. Otros problemas guardan relación con los vicios de procedimiento, y los problemas relacionados con el criterio probatorio aplicado a los casos de competencia también son recurrentes en la labor que realizan los jueces al sustanciar las causas sobre competencia.

III. Asistencia técnica de la UNCTAD a los jueces

29. Mediante sus programas de asistencia técnica y fomento de capacidad, la UNCTAD presta asistencia a los jueces de los países en desarrollo y los países con economías en transición desde que se aprobó, en 1980, el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas. Los programas incluyen una modalidad detallada de suministro en función de las características particulares de los jueces y las posiciones correspondientes sobre las actividades de formación en materia económica. En particular, la separación de poderes entre los organismos y la judicatura debe respetarse en la preparación y realización de las actividades de formación. Las estrategias de la UNCTAD se centran en establecer modalidades específicas para dirigirse a los jueces por vía institucional sin pedir necesariamente la asistencia del organismo de defensa de la competencia en una jurisdicción dada, ya que tal vez no sería apropiado que los organismos se dirigieran a los jueces con fines de formación en los casos en que estos últimos tuvieran que examinar sus propias decisiones¹⁷. Las actividades de formación suelen estar a cargo de entidades de formación especiales dentro del poder judicial, como las academias de jueces o magistrados, cuya misión es formar a los jueces en una serie de temas de interés e importancia para su labor, y la instrucción es impartida por jueces de mayor jerarquía. La asistencia de la UNCTAD incluye la preparación de actividades de formación en el marco de los currículos oficiales de esas academias.

30. En asociación y/o en colaboración con los órganos judiciales locales, la UNCTAD lleva a cabo tres actividades para ayudar a garantizar la transparencia y legitimidad de los talleres de formación para jueces. La primera consiste en establecer un memorando de entendimiento con la academia de jueces en una jurisdicción dada, a fin de garantizar la cooperación en la esfera de la formación de jueces en la aplicación de las normas sobre competencia. La segunda actividad consiste en examinar detenidamente los temas, mediante reuniones virtuales, para establecer los que son importantes para los jueces. Los temas suelen abarcar cuatro grandes esferas: panorama general del papel de los jueces en la aplicación de las normas sobre competencia; criterios múltiples en los casos de competencia; criterios probatorios y revisión en los casos de competencia; métodos de determinación de las sanciones y multas apropiadas. La tercera actividad incluye una

¹⁷ Sin embargo, en ocasiones los tribunales supremos favorecen la competencia especializada de los organismos de defensa de la competencia, como ocurrió en Indonesia y Nicaragua. En Indonesia, el Tribunal Supremo apoyó al organismo de la competencia estipulando oficiosamente que los jueces de distrito que sustanciaban una causa por objeción en materia de derecho de la competencia podían participar en los talleres organizados por el organismo (en los cuales los jueces recibían un certificado del Tribunal Supremo y del organismo en el que constaba su participación). Hasta la fecha, más de 300 jueces han participado en esos talleres. En Nicaragua, el organismo participa activamente en la organización de talleres con la Corte Suprema y jueces de otros tribunales superiores. En ambos Estados, los jueces celebraron la participación del organismo en la elaboración y el suministro de los cursos de formación. Los exámenes voluntarios entre homólogos de la UNCTAD en materia de derecho y política de la competencia ayudan a establecer estrategias para dirigirse a los jueces. Por ejemplo, el examen entre homólogos de Albania dio lugar a una serie de recomendaciones sobre la forma de dirigirse a los jueces, y posteriormente se organizó una serie de talleres de formación, en el período 2015-2016.

estrategia para organizar la formación, en particular estableciendo los incentivos necesarios para los participantes y eligiendo a los instructores (habitualmente otro juez de igual jerarquía de una jurisdicción convenida con la institución destinataria). La selección de los instructores y participantes influye mucho en los resultados tangibles del programa de fomento de capacidad. Por ejemplo, si se ha de formar a jueces de tribunales superiores, se emplea una estrategia diferente de la utilizada en el caso de los jueces de los tribunales de distrito, de inferior jerarquía. Además, la UNCTAD ha elaborado una estrategia especial para formar a los magistrados de los tribunales supremos que responde a las condiciones y la dinámica locales existentes en el país beneficiario.

IV. Conclusión

31. Cabe señalar la importancia de la siguiente lista de actividades de verificación relacionada con la forma en que los jueces deben aplicar las normas sobre competencia para garantizar la seguridad jurídica en la relación entre los organismos de defensa de la competencia y la judicatura:

Examinar con independencia las pruebas presentadas en apoyo de los cargos formulados y cotejarlas con las pruebas presentadas en apoyo de la defensa. El tribunal debe tener la facultad de confrontar y verificar las pruebas en la mayor medida posible prevista por las normas procesales nacionales, por ejemplo citando a testigos para que sean sometidos a interrogatorio y contrainterrogatorio antes de que el tribunal extraiga sus propias conclusiones; evaluar los hechos en el contexto de los elementos jurídicos y económicos que constituyen la infracción, incluyendo un examen completo de las pruebas y el análisis económicos; confirmar si se han cumplido los requisitos en materia de carga de la prueba; verificar que se hayan respetado las debidas garantías y la transparencia procesales; verificar que las penas sean apropiadas (justas y proporcionales a la gravedad del delito y de la participación del demandado en la infracción), compatibles con las penas impuestas por delitos económicos comparables y justificadas en relación con el daño real causado a los consumidores o una necesidad demostrada de disuasión¹⁸.

32. Sin embargo, el papel de los jueces en la aplicación de las normas sobre competencia difiere mucho en función del criterio de revisión judicial de los casos de competencia y el marco institucional existente en una jurisdicción dada. A este respecto, es imposible establecer un enfoque único como parámetro de referencia, aunque los profesionales del derecho abrigan legítimas expectativas en cuanto a potenciar el principio de seguridad jurídica y a la manera de fomentar una división del trabajo eficaz y productiva que garantice una relación fluida entre los órganos judiciales y los organismos de defensa de la competencia¹⁹. Sin que importe si el régimen de defensa de la competencia es reciente o maduro, la judicatura debe desempeñar un papel importante en el desarrollo del derecho de la competencia, ya que ello puede acelerar las mejoras en las actividades de análisis y

¹⁸ Comité Asesor sobre el Comercio y la Industria, 2011.

¹⁹ Por ejemplo, en 2011, México introdujo reformas para lograr un equilibrio óptimo en la división del trabajo entre la judicatura y el organismo de la competencia. El sistema de derecho de la competencia incluye actualmente un marco reglamentario de ejecución más equilibrado y más sólido frente a una revisión judicial más intensiva. Por un lado, el organismo de la competencia está facultado para llevar a cabo registros sin previo aviso e imponer multas más severas y sanciones penales. Por otro lado, existe un mecanismo mejorado de revisión judicial de los casos de competencia, que incluye tribunales especializados en competencia, la posibilidad de realizar una revisión sustantiva completa y la posibilidad de proceder directamente a la revisión judicial en vez de exigir una fase intermedia de revisión administrativa (México, 2011, Comité de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, DAF/COMP(2011)122).

toma de decisiones de los organismos, así como en la interacción entre la judicatura y el organismo de defensa de la competencia, que es más eficaz cuando se respetan todos los procedimientos judiciales y la fundamentación de las decisiones del organismo se basa en análisis jurídicos y económicos claros y consistentes.

33. Teniendo en cuenta los problemas conexos, en particular en los regímenes de defensa de la competencia recientes, los delegados que participen en el 15° período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia tal vez deseen debatir las siguientes preguntas:

a) ¿Cuál es la mejor forma de evaluar la eficacia de un régimen de defensa de la competencia (las decisiones de los organismos deben ser racionales y sólidas, con conceptos económicos y jurídicos consistentes, y los jueces deben tener plena capacidad para tramitar los casos de competencia)?

b) ¿Cómo debe mejorarse el nivel de comprensión de los conceptos económicos por los jueces (el principio de deferencia debe tener un carácter tal que los jueces dejen de estar obligados a tramitar sustantivamente los casos de competencia)? ¿Es esto necesario?

c) ¿Es una revisión en primera instancia ante un juez especializado una solución para los países que desean incorporar las revisiones judiciales? ¿Es la inclusión del tema del derecho y la economía en el examen destinado a cubrir un puesto de juez una opción para los regímenes de defensa de la competencia recientes?

d) Si una jurisdicción opta por un tribunal especializado en cuestiones económicas, las revisiones de los procesos de revisión judicial pueden crear una oportunidad de mejorar la eficiencia, pero ¿cuáles son los riesgos asociados a esta opción política?

e) Dado que la especialización de una judicatura permite una revisión más matizada de las decisiones en materia de competencia, ¿cuál podría ser el análisis de la relación costo-beneficio en el caso de los regímenes de defensa de la competencia recientes?

f) ¿Cuáles son los riesgos adicionales para los regímenes de defensa de la competencia recientes al establecer tribunales especializados en casos de competencia (habida cuenta de que las normas de procedimiento especializadas pueden aportar claridad, pero existe un riesgo de dilación si los casos son objeto de múltiples instancias de revisión, incluso por los tribunales constitucionales, y las revisiones judiciales sustantivas pueden cambiar el proceso de apelación pasando de un enfoque centrado en el formalismo judicial a otro centrado en el fondo de la cuestión, mientras que el cabildeo de los grupos de presión puede tratar, en una revisión, de inclinar la balanza en favor de las partes privadas)?
