



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

Distr. limitada
9 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

**Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia**

11º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de julio de 2011

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**

**Ley tipo de defensa de la competencia (2010) –
Capítulo X revisado¹**

¹ Esta es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.10.

Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo X revisado

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

- I. *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 denuncias;*
 - b) *Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación pertinente 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) *Intercambiar información con otros Estados.*
- II. *Carácter confidencial*
 1. *Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.*
 2. *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.*
 3. *Proteger las deliberaciones del organismo respecto de asuntos en curso o pendientes.*

Comentarios al capítulo X y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

Introducción

1. En la mayoría de las leyes sobre competencia se hace una enumeración de las funciones y facultades que ostenta el organismo encargado de la aplicación de la ley para realizar su cometido y que proporcionan un marco general de su actuación. El capítulo X comprende una enumeración ilustrativa de esas funciones. Es importante señalar que todas ellas guardan relación con las actividades que puede desarrollar 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. Cabe destacar la característica común de que las funciones de esos organismos deben fundarse en el respeto a las garantías procesales, la imparcialidad, la no discriminación, la rendición de cuentas y la transparencia.

- a) *Hacer indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncias;*

2. El organismo puede actuar por propia iniciativa o siguiendo algunas indicaciones de posibles prácticas restrictivas, por ejemplo como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. El Conjunto de Principios y Normas sobre competencia de las Naciones Unidas establece que los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existieran, a fin de obtener de las empresas la información necesaria para controlar eficazmente las prácticas comerciales restrictivas².
3. El organismo encargado de la aplicación de la ley debería estar facultado también para requerir a las personas o empresas que suministraran 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, si procediera, para lograr esa información u obtener la autorización de entrada en los locales donde se crea que está depositada. En muchos países, como Alemania, la Argentina, Australia, la Federación de Rusia, Hungría, Italia, 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"). No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En Alemania, la Argentina o Austria, por ejemplo, para entrar en un domicilio de un particular es necesario un mandamiento judicial. En Turquía, cuando una inspección *in situ* para obtener copias de información, documentos, libros y otros instrumentos se viera obstaculizada o fuera probable que lo será, un juez en lo penal puede ordenar que se lleve a cabo una inspección. En Polonia, en los casos de suma urgencia en que hubiera sospechas fundadas de una violación grave de la legislación en materia de la competencia, particularmente cuando el retraso pudiera 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 del procedimiento. 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 hubiera 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 estuviera inspeccionando una empresa a petición de la Comisión.
5. En muchos ordenamientos jurídicos se imponen sanciones, a veces incluso de multa y de prisión, por el incumplimiento deliberado de una orden de investigación dictada por el organismo.
6. En lo que se refiere 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 al demandado, a fin de que este pueda defenderse plenamente. Un proceso continuado de contacto entre el organismo encargado de la defensa de la competencia y el demandado en lo tocante a las alegaciones y las pruebas en las que se basan esas alegaciones aseguraría que el demandado tuviera conocimiento no solo de las pruebas de cargo y de descargo en que se basan los argumentos del organismo encargado 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 infracción³.

² Punto E.6 del Conjunto.

³ Cámara de Comercio Internacional, *Recommended Framework for International Best Practices in Competition Law Enforcement Procedures*, documento N° 225-666, 8 de marzo de 2010.

7. Se examinan a continuación algunos enfoques alternativos sobre los métodos de investigación.

Enfoques alternativos en la legislación vigente – Regímenes de investigación

<i>País</i>	<i>Atribuciones del organismo</i>	<i>Sanciones en caso de incumplimiento</i>
Unión Europea	<p>La Comisión está facultada para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Solicitar información; • Entrar en los locales e inspeccionarlos; • Examinar documentos y archivos, y obtener copias; • Sellar los locales o archivos durante un período determinado; • Solicitar explicaciones sobre hechos o documentos. 	<p>El incumplimiento conlleva multas no superiores al 1% de la cifra de negocios de la empresa infractora en el año anterior.</p>
Estados Unidos de América	<p>Las autoridades pueden exigir a una persona que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Facilite documentos, información o material de otro tipo; • Haga una declaración jurada oral. <p>El Departamento de Justicia de los Estados Unidos está también facultado para llevar a cabo una investigación penal con arreglo a sus atribuciones de investigación de delitos.</p>	<p>El incumplimiento de una petición de investigación civil constituye un delito punible con pena de multa y de prisión.</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 la 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 una investigación por sorpresa en los locales. 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 de proporcionar datos erróneos puede sancionarse con una pena pecuniaria fija.</p> <p>La obstrucción a una investigación en los locales puede castigarse con una multa consistente en el pago de una cantidad diaria fija durante un plazo determinado.</p>

<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"> • Entrar en los locales de la empresa investigada o cualquier otro lugar pertinente a los fines de la investigación; • Pedir a las personas investigadas que revelen información pertinente; • Examinar y hacer copias de la documentación u otro material pertinente de la empresa; • Incautarse de los elementos de prueba pertinentes; • Indagar acerca de las cuentas bancarias de los empresarios investigados. 	<p>Según el artículo 52 de la Ley antimonopolio, pueden imponerse sanciones pecuniarias a quienes no faciliten la información pedida, suministren información falsa, destruyan u oculten pruebas o entorpezcan de algún otro modo la investigación.</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 sancionable con pena de multa.</p>

Programas de indulgencia⁴

8. En el último decenio, un elevado número de organismos reguladores de la competencia han adoptado lo que se ha denominado programas de indulgencia como instrumento de investigación para descubrir la forma más grave de prácticas anticompetitivas: los cárteles intrínsecamente nocivos. Un programa de indulgencia es un sistema, anunciado públicamente, de exención parcial o total de las sanciones imponibles a un miembro del cártel que notifique su condición de miembro a un organismo encargado de la aplicación del derecho de la competencia⁵. Los programas de indulgencia han demostrado ser un poderoso instrumento para la detección de los cárteles. Los regímenes de competencia pueden beneficiarse de los programas de indulgencia porque estos ayudan a reducir la cuantía de los recursos humanos y financieros necesarios para asegurar el cumplimiento del derecho de la competencia.

9. Los aspectos principales de un régimen de indulgencia son habitualmente los siguientes: a) la clara identificación de los beneficios del régimen; b) la clara determinación de si los empleados del solicitante estarán exentos de enjuiciamiento penal; c) la naturaleza y el alcance de la información que el solicitante debe facilitar para beneficiarse del régimen

⁴ Para obtener información específica sobre los programas de indulgencia de los países en desarrollo, véase la nota de la secretaría de la UNCTAD sobre la eficacia de ese tipo de programas como instrumento para aplicar la ley de la competencia contra los cárteles intrínsecamente nocivos en los países en desarrollo, TD/RBP/CONF.7/4.

⁵ Red Internacional de la Competencia (2009). "Drafting and Implementing an Effective Leniency Program", capítulo 2 del *Anti-Cartel Enforcement Manual* disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org.

de indulgencia; d) procedimientos transparentes y previsibles del régimen; y e) en última instancia, una precisa declaración que demuestre que el organismo encargado de la competencia tenía una trayectoria satisfactoria en base a la cual las empresas consideraban que el programa de indulgencia era previsible y beneficioso.

10. En virtud del régimen de indulgencia, el miembro del cártel debe denunciar su existencia y cumplir otros requisitos. En general, los miembros del cártel deben admitir los hechos constitutivos de una infracción, poner fin a su actividad en el cártel y cooperar plenamente, facilitando pruebas sustanciales que faciliten las actuaciones contra los demás miembros. 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 diseñadas para alentar a los miembros del cártel a solicitar la indulgencia.

11. En unos 50 ordenamientos jurídicos se dispone, según su propia información, de un programa de indulgencia para cárteles⁶. Entre los países de renta media y baja, el Brasil, la Federación de Rusia, México y Sudáfrica están aplicando programas de indulgencia. Chile se ha sumado recientemente a ese grupo. Sus programas son similares a los de los Estados Unidos y la Unión Europea, que son los ordenamientos jurídicos que probablemente reciben el mayor número de solicitudes de indulgencia. Sin embargo, la mayoría de los países de renta media y baja carecen de programas de indulgencia.

12. En recientes estudios comparativos realizados por la secretaría de la UNCTAD se ha determinado qué condiciones debe cumplir un programa de indulgencia para ser eficaz.

13. 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 indulgencia.

14. Las sanciones impuestas a los miembros de cárteles que no soliciten indulgencia 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.

15. El programa de indulgencia debe ser lo suficientemente transparente y previsible como para permitir a solicitantes potenciales predecir el trato que recibirán.

16. A fin de atraer a miembros de cárteles internacionales, el programa de indulgencia ha de proteger suficientemente la información para que el solicitante no se vea más expuesto que las entidades que no solicitan indulgencia a procedimientos incoados en otras jurisdicciones.

17. Por último, es indispensable mencionar que en el proceso de investigación deben observarse como corresponde los principios y las normas generales del debido procedimiento legal, que en muchos países tienen un carácter 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 pertinente al ministro competente de su aplicación;

18. El organismo encargado de la aplicación de la ley necesitará, como resultado de las averiguaciones e investigaciones realizadas, adoptar algunas decisiones como, por ejemplo, incoar procedimientos o decidir la interrupción de algunas prácticas, o conceder o denegar autorización respecto de los asuntos notificados, o imponer sanciones, según proceda. 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

⁶ *Ibid.*

sanciones pecuniarias. La gama de recursos previstos en un régimen de la competencia deben 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. Por supuesto, los recursos deben tener un carácter suficientemente disuasivo para prevenir la comisión de nuevas infracciones y el no cumplimiento de la legislación y/o de la sanción aplicada.

19. 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;

20. El organismo encargado de la aplicación de la ley podría realizar por sí mismo estudios y utilizar con tal fin servicios de expertos o encargarlos 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.

21. De un sector, o un mercado de bienes y servicios, a fin de determinar si existen barreras estructurales a la competencia en ese mercado.

22. De 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.

23. De un aspecto de la legislación sobre la competencia, a fin de averiguar si está alcanzando los objetivos previstos.

24. 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"⁷ y en circunstancias en las que las instituciones de la Comunidad tienen el mandato de elaborar y establecer "políticas y normas de competencia adecuadas, con inclusión de normas especiales para los distintos sectores"⁸, se tendrán que realizar estudios jurídicos y económicos para: a) evaluar el nivel de las reformas necesarias para asegurar el cumplimiento por el Estado miembro del derecho de la competencia de la Comunidad, y b) formular prioridades de cumplimiento que estén en consonancia con los objetivos y las metas básicas de la Comunidad.

25. 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;

⁷ Tratado revisado de Chaguaramas, art. 179 1) b) ii).

⁸ Tratado revisado de Chaguaramas, art. 182.

26. En la legislación de casi todos los países que han establecido un procedimiento de notificación figuran disposiciones sobre algún sistema de registro, que ha de estar caracterizado por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia. 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. Esas personas también pueden formular denuncias concretas y comunicar cualquier inexactitud que adviertan en la información notificada. 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 puede dejar de subrayarse 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.

27. Cuando se utiliza un sistema de notificación o un registro, es importante considerar si es necesario atribuir a la autoridad encargada 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.

28. 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.

e) Elaborar y publicar reglamentos;

29. El organismo encargado de la aplicación de la ley también debería tener facultades para dictar reglamentos de ejecución que le ayudaran 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 y recopilación de información, así como de evaluación y toma de decisiones.

30. También reviste importancia la publicación de los 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. También es importante que el organismo especifique las normas para mantener relaciones con el organismo encargado 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. La autoridad encargada de la competencia 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 las limitaciones de tiempo no previstas y

también dando el tiempo suficiente conforme a la complejidad de las cuestiones planteadas en el caso.

31. Las autoridades de muchos países publican también informes o directrices en los que se indican sus enfoques de los procedimientos de aplicación o los métodos para evaluar determinadas formas de actividad económica en relación con la legislación sobre la competencia. Por ejemplo, las autoridades que se ocupan de la competencia suelen formular directrices para la evaluación de las fusiones. Esas directrices pueden tener fuerza de ley (si la autoridad 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.

32. 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 es también 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;

33. 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 a los gobiernos las propuestas apropiadas de reforma de las leyes correspondientes. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia⁹; en Portugal, donde la Comisión Consultiva en materia de Competencia puede emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre todas las medidas legislativas concernientes a cuestiones relativas a políticas de la competencia¹⁰; o en España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia¹¹ y la Dirección General de Defensa de la Competencia.

g) Intercambiar información con otros Estados.

34. 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

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

¹⁰ Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia, art. 13 1), b), c) y d).

¹¹ Ley N° 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.

de la ley la facultad de promover ese intercambio, enunciándolo claramente como uno de sus cometidos.

35. 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, lo cual es cada vez más importante si se tiene en cuenta el carácter internacional de numerosos cárteles. La posibilidad de intercambiar o compartir pruebas contribuye a garantizar la eficaz aplicación de la normativa anticártel.

36. De hecho, las mejores prácticas en la 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 contexto de documentos e intercambio de información previstos en acuerdos comerciales bilaterales. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)¹² y el Foro del Caribe del Grupo de los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (CARIFORUM)¹³ se refieren a los términos de cooperación en el ámbito de la legislación sobre la competencia con suficiente amplitud como para abarcar la cooperación en la esfera del intercambio de información y de documentación.

37. Los acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos, Australia, el Brasil, el Canadá, Alemania, Israel, el Japón, México y la Comisión Europea, así como entre Alemania y Francia, prevén el intercambio de información y las consultas. Existe, asimismo, un acuerdo multilateral entre Dinamarca, Islandia y Noruega.

38. 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, el disponer de pleno conocimiento de la legislación interna de la otra parte en materia de confidencialidad y desacato al tribunal. Es importante que la autoridad encargada de la competencia esté en condiciones de 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.

39. En relación con este último punto, la OCDE, por ejemplo, ha establecido en un documento en el que se indican algunas de las mejores prácticas en materia de intercambio de información oficial, que, 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 participen en un procedimiento de examen de cualquier obstáculo —ya sea en otros tratados o en la legislación nacional— a fin de asegurar la cooperación efectiva establecida en esos acuerdos multilaterales¹⁴.

¹² El párrafo 2) del artículo 1501 del TLCAN 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".

¹³ Véase, por ejemplo, el artículo 128 del Foro del Caribe del Grupo de los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (CARIFORUM), que autoriza el intercambio de información y la cooperación para el cumplimiento entre todas las partes en el Tratado.

¹⁴ Comité de la Competencia de la OCDE, documento sobre prácticas idóneas para el intercambio formal de información entre las autoridades encargadas de la competencia en las investigaciones de cárteles intrínsecamente nocivos, octubre de 2005.

40. Muchos Estados han llegado incluso a incluir en su legislación sobre la competencia las bases para la cooperación con otros organismos encargados de la competencia. Se trata de una tendencia que va en aumento, y que quizá indica algo que pronto se convertirá en una práctica común en la esfera de la aplicación del derecho de la competencia. A continuación se examinan algunos enfoques adoptados en la legislación sobre la competencia.

Enfoques alternativos en la legislación vigente – Intercambio de información

País

Bélgica	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 ¹⁵ .
Alemania	De conformidad con la séptima reforma de la Ley de Alemania contra las restricciones a la competencia, de 12 de julio de 2005, se han reforzado las facultades del Bundeskartellamt a los efectos de cooperar con otros órganos encargados de la competencia (particularmente con la Red Europea de Competencia) en los ámbitos, por ejemplo, del intercambio de información y de la asistencia recíproca en las investigaciones.
Australia	<p>En 2007, el Parlamento de Australia promulgó legislación que faculta a la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia (CCCA) para compartir determinados datos obtenidos en sus investigaciones con autoridades gubernamentales nacionales y extranjeras.</p> <p>Anteriormente, la CCCA 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 CCCA 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 CCCA considera que la información contribuirá a que ese organismo pueda ejercer sus funciones.</p> <p>Es importante señalar que el artículo 155 AAA de la Ley de prácticas comerciales de 1974 permite que la CCCA revele información protegida a "un organismo público extranjero". Gracias a esta facultad, la CCCA puede coordinar las investigaciones con homólogos de otros países.</p> <p>La información se considerará "protegida" si, entre otras cosas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se comunica de manera confidencial a la CCCA y está vinculada a un asunto relacionado con una disposición legal fundamental; • Se obtiene en virtud del artículo 155 de la Ley de prácticas comerciales o de las facultades de registro e incautación de la CCCA y está vinculada a un asunto relacionado con una disposición legal fundamental; • La obtiene la CCCA en virtud de las diversas atribuciones de recopilación de información sobre la industria de las telecomunicaciones y el régimen de acceso a las telecomunicaciones y

¹⁵ Ley de defensa de la competencia económica, art. 50 b).

País

está vinculada con un asunto relacionado con las partes XI B o XI C de la Ley de prácticas comerciales;

- Un órgano público extranjero facilita la información de manera confidencial a la CCCA y la información está vinculada con un asunto relacionado con una ley de un país extranjero (o parte del territorio de un país extranjero).

Las nuevas disposiciones están en consonancia con 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 de la OCDE para la protección de los consumidores contra prácticas comerciales fraudulentas y engañosas.

El artículo 155 AAA está en consonancia con la cláusula g) del capítulo X de la Ley tipo y la refuerza. Cabe destacar que la sección ofrece una base legislativa a la CCCA para compartir información con sus homólogos internacionales en las circunstancias apropiadas, incluso en virtud de acuerdos bilaterales celebrados por Australia.

Argelia

La normativa argelina establece un marco para la cooperación entre la Junta de Defensa de la Competencia y el organismo encargado 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 Europea¹⁶.

Nueva Zelanda/
Australia/Canadá

La Comisión Neozelandesa de Comercio, la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia y el Comisionado para la Competencia del Canadá comparten información y colaboran en actividades de aplicación sobre la base de un memorando de entendimiento.

II. *Carácter confidencial*

1. *Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.*

2. *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.*

3. *Proteger las deliberaciones del organismo respecto de asuntos en curso o pendientes.*

41. De conformidad con el párrafo 5 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas deben concederse a los secretos comerciales legítimos las garantías habituales, en

¹⁶ Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Argelia, por la otra (22 de abril de 2002).

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.

42. 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 encargados 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 son 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 (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.

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

44. 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 divulguen información acerca de una empresa, que puedan poner a esa empresa en una situación ventajosa desde el punto de vista competitivo o bien ocasionarle un perjuicio comercial. La información confidencial por lo general se protege dando a conocer únicamente versiones de los documentos redactadas adecuadamente y asegurando que el personal del organismo encargado de la investigación formule declaraciones escritas o juramentos en los que se compromete a no divulgar la información confidencial, excepto por razones legítimamente vinculadas a la investigación.

45. Es importante señalar que la protección de la información confidencial debe extenderse más allá de la investigación de infracciones específicas de la legislación sobre la competencia, y que se debe conceder también durante las investigaciones del sector.

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

País

Australia

Cuando se introdujeron sanciones penales para los actos prohibidos por la legislación anticártel en 2009, el Parlamento de Australia modificó también la Ley de prácticas comerciales para mejorar la protección de la información sobre los cárteles facilitada por la CCCA (conocida como "información anticártel protegida"). El Parlamento reconoció que los denunciantes o informantes estarían más dispuestos a proporcionar información sobre conductas de ese tipo a la CCCA si mejoraba la protección concedida a ese material.

La información anticártel protegida se define como la información facilitada confidencialmente a la CCCA en relación con una infracción real o potencial de la legislación penal anticártel o la prohibición de cárteles de carácter civil¹⁷.

En términos generales, la CCCA no está obligada a divulgar la información protegida, pero puede hacerlo tras considerar los siguientes aspectos de interés público:

- a) El hecho de que la información protegida se facilitase a la CCCA de manera confidencial;
- b) Las relaciones de Australia con otros países;
- c) La necesidad de no perjudicar la acción nacional e internacional en materia de aplicación de la ley, reunión de información sobre delitos e investigación penal;
- d) En el caso de que sea un informante quien facilite la información protegida:
 - i) La protección o la seguridad del informante o las personas relacionadas con este;
 - 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;
- e) Los intereses de la administración de justicia¹⁸.

Sin embargo, un tribunal puede pedir a la CCCA que revele información protegida tras sopesar los factores de interés público indicados *supra*.

El régimen que se aplica a la información anticártel protegida restringe también el uso de la información en actuaciones secundarias.

Las disposiciones relativas a la información protegida se basan en las cláusulas correspondientes del artículo II del capítulo X de la Ley tipo.

¹⁷ Véanse las secciones 44ZZRF, 44ZZRG, 44ZZRJ y 44ZZRK de la Ley de prácticas comerciales. Disponible en <http://www.comlaw.gov.au>.

¹⁸ Véase el artículo 157C 5) de la Ley de prácticas comerciales. Disponible en <http://www.comlaw.gov.au>.

País

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 la confidencialidad de la información relativa a los asuntos tratados que reciban en el desempeño de sus funciones de aplicación de la ley.</p> <p>El párrafo 2 del 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>
Malasia	<p>El artículo 21 de la Ley de competencia de 2010 estipula la protección de la información confidencial en los siguientes términos:</p> <p>"1) Incurrir 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>2) Lo dispuesto en el párrafo 1) no obstará en modo alguno a la divulgación de información cuando:</p> <p>a) La persona que haya facilitado la información consienta en que se divulgue;</p> <p>b) La divulgación sea necesaria para que la Comisión ejerza sus funciones o atribuciones;</p> <p>c) 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>d) La divulgación se realice en relación con una investigación, una infracción o un delito previstos en la presente ley;</p> <p>e) 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> <p>3) A los efectos de este artículo, se entenderá por "información confidencial" toda información de carácter comercial 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."</p>

Un enfoque moderado en la adopción de las mejores prácticas

46. El análisis de la formulación de normas relativas al cumplimiento realizado anteriormente recoge algunas de las prácticas comunes y 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 indulgencia 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 pruebas¹⁹. También sucede que muchos regímenes de

¹⁹ Por ejemplo, los programas de indulgencia adoptados en el Brasil, México y Sudáfrica han dado lugar a procedimientos de aplicación que tuvieron más éxito que en los años anteriores a la adopción de un programa de indulgencia en dichos países. Véase *The Use of Leniency Programmes as a Tool for*

competencia están incluyendo disposiciones en su legislación para facilitar la asistencia jurídica recíproca en la investigación y reparación de las infracciones de la legislación sobre competencia de formas simplificadas que ayudan a acelerar el proceso²⁰. Además, un elemento común de las técnicas de investigación utilizadas por las distintas autoridades encargadas de la competencia podría ser la utilización de medidas coercitivas como parte del método de investigación, y también como medio para sancionar el incumplimiento con respecto a la investigación o a 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.

47. Por ejemplo, la utilización de medidas coercitivas como instrumentos para investigar infracciones de la legislación sobre la competencia, debe reflejar las mejores prácticas en lo tocante a la elaboración de sistemas de aplicación de dicha legislación. 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 competencia²¹. Sin embargo, 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 habitualmente considerables y la agrupación de las funciones de investigador, fiscal y juez bajo los auspicios de una autoridad administrativa, y una gran cantidad de otras funciones definidas conforme a las mejores prácticas internacionales pueden ser objeto de cuestionamientos legales. Por lo tanto, las mejores prácticas tienen que ser contrastadas con la legislación nacional de un país antes de ser adoptadas. Se debe advertir a los nuevos organismos encargados de la competencia que las mejores prácticas reflejan los enfoques comunes, pero no siempre garantizan que el respeto de las garantías procesales, el derecho natural y los principios constitucionales de todas las legislaciones nacionales esté incluido en las normas que se recomienda adoptar.

48. Por consiguiente, la autoridad encargada de la competencia, que se define generalmente como una autoridad administrativa en muchos ordenamientos jurídicos, difícilmente puede demostrar una falta de conexión entre la investigación y la determinación de los hechos del caso y de una decisión basada en esos hechos sin que se hayan respetado las salvaguardias. Además, es difícil justificar la imposición de sanciones penales y de multas de alta cuantía en un contexto en el que la autoridad encargada de la competencia debe también justificar la utilización de recursos 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 encargado de la competencia tiene a su cargo múltiples tareas de aplicación de la ley.

49. 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. Por ejemplo, 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, sin introducir ningún cambio, en nuevos regímenes de regulación de la

Enforcement of Competition Law against Hardcore Cartels in Developing Countries. Nota de la secretaría de la UNCTAD, TD/RBP/CONF.7/4.

²⁰ CARICOM (Tratado revisado y acuerdo de asociación económica).

²¹ Comité de la Competencia de la OCDE, *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, octubre de 2005.

competencia en los que el sistema jurídico es notablemente diferente de los sistemas de la Unión Europea y de los Estados Unidos. De hecho, un examen de la jurisprudencia en materia de competencia en algunos nuevos regímenes que regulan la competencia, como el de Jamaica, e incluso la jurisprudencia de años atrás en nuevos regímenes, como el de Australia, sugieren 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.

50. 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 un tema corriente en el contexto de la aplicación de la legislación sobre la competencia, y muchos ordenamientos jurídicos han incorporado el intercambio de información como parte de su legislación en materia de competencia. Sin embargo, se pueden prever varias cuestiones críticas en el contexto del 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 ayudar 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 (SADC), ¿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 para la Competencia y el Consumidor de Australia (CCCA) en la causa *Brambles Holdings Ltd c. Trade Practices Commission y otro*²². El caso se refería a las atribuciones de la CCCA, 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 CCCA. 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 CCCA solicitaba la comunicación de las pruebas estaban siendo examinadas por el tribunal y, como este examen incumbía al tribunal, la investigación paralela de la CCCA constituía un desacato al tribunal, ya que las acciones de la CCCA constituían una injerencia en el curso normal de la justicia. Es probable que muchos nuevos regímenes relativos a la competencia que han adoptado acuerdos de cooperación en los que el intercambio de información es un objetivo clave puedan encontrarse en una posición similar, en la que se deba adoptar una decisión de entregar pruebas a otra jurisdicción mientras hay procedimientos en curso en un tribunal nacional.

51. Incluso la Comunidad Europea tuvo cuestionamientos a sus normas procesales en la primera época del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, que aplica las normas de la Comunidad en materia de competencia, y sigue haciendo frente a estos cuestionamientos. Los tribunales comunitarios, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han señalado reiteradamente que los procedimientos del derecho de la competencia tienen que respetar los requisitos básicos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos

²² (1980) 32 ALR 328.

Humanos²³. 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.

52. Los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) N° 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 competencia²⁴; pese a ello, muchos regímenes de competencia, tanto nuevos como en curso de elaboración, consideran el procedimiento previsto en el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo 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 estas mejores prácticas o de utilizar como modelo las normas de otro régimen, sin comprobarlas debidamente, podría resultar perjudicial para una nueva autoridad encargada de la competencia.

53. 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 Jamaica²⁵, se pusieron de manifiesto algunos defectos estructurales en la creación de la Comisión de Comercio Justo 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 incluía 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 Comercio Justo de Barbados hace frente a problemas similares, ya que el texto de la legislación de ese país reproduce el de la legislación de Jamaica.

54. Además, la derivación histórica del sistema legal y jurídico de muchos regímenes de competencia, nuevos o en curso de elaboración, ha dado lugar al "transplante" 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 sus características se expresan en algunas constituciones. La separación de las propias instituciones y la asignación apropiada 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.

²³ Véase, por ejemplo, la sentencia dictada en el asunto T-276/04 del Tribunal de Primera Instancia, *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] ECR I-9189, párr. 97.

²⁴ Mientras el texto del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo sigue sin ser modificado, la jurisprudencia de la Comunidad se las arregla para adoptar algunas salvaguardias y normas procesales que respeten los derechos de la defensa. Muchas de las normas jurisprudenciales se recogen en los reglamentos y anuncios internos en los que se define la forma en que se procederá para investigar las infracciones de las normas relativas a la competencia.

²⁵ *Jamaica Stock Exchange c. Fair Trading Commission*, Corte Suprema Civil, apelación N° 92/97.

55. También se debe señalar que 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 c. ACCC*²⁶ planteó la cuestión de si el secreto profesional de los abogados podría verse socavado por el artículo 155 de la Ley de prácticas comerciales de Australia al interpretarse que las facultades coercitivas de investigación previstas en el artículo 155 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 de todo el mundo) 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 de ejecución. En el caso *Daniels*, el Tribunal Supremo de Australia sostuvo que las facultades de investigación de la CCCA 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.

56. 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 la esfera de la aplicación de la legislación sobre la competencia, ya sea en lo relativo a un programa de indulgencia o de conciliación, o de métodos para llevar a cabo las investigaciones, no representarán una diferencia positiva para una autoridad encargada de la competencia si esas mejores prácticas no se basan en las normas que rigen las instituciones destinadas a mantener el orden público de un Estado.

57. 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 el diseño óptimo de una autoridad encargada de la competencia —y también el diseño de las facultades y atribuciones que se le asignen— depende de que las facultades y funciones atribuidas a un organismo encargado de la competencia estén, entre otras cosas, ajustadas a la Constitución y a los principios del derecho natural.

58. Unos cuantos regímenes de competencia tienen actualmente 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

²⁶ [2002] HCA 49 (7 de noviembre de 2002).

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 examinar la legislación del Reino Unido, el Canadá y Australia para determinar la correcta asignación de facultades y funciones a la autoridad encargada de la competencia.

Resumen de las mejores prácticas en la determinación de las funciones y facultades de la autoridad encargada de la competencia

1. Las normas que regulan las relaciones con la autoridad encargada de la competencia se deben diseñar de modo que permitan que el demandado conozca la evolución de la teoría de la infracción que tiene la autoridad encargada de la competencia y se debe tener el cuidado de evitar limitaciones temporales no realistas.
2. El procedimiento relativo a la legislación sobre la competencia, la confidencialidad, debe prever 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.
3. 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.
4. 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 de modo tal que respeten los principios fundamentales del sistema jurídico que rige la asignación de responsabilidades en el Estado.