



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

Distr. limitada
30 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Sexta 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**

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

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

Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo XI

Sanciones y medidas de separación

I. La imposición de sanciones, cuando proceda, por:

- i) Infringir la ley;*
- ii) Desobedecer las resoluciones o mandamientos del organismo encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;*
- iii) No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;*
- iv) Proporcionar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa afectada sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.*

II. Las sanciones podrían consistir en lo siguiente:

- i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);*
- ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación flagrante y deliberada de la ley o de un mandato judicial por parte de una persona natural);*
- iii) Órdenes o mandamientos provisionales;*
- iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de que cese una infracción o se desista de ella o se le ponga remedio mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;*
- v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);*
- vi) Restitución a los consumidores perjudicados;*
- vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios incoadas por los damnificados.*

Comentarios al capítulo XI y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

Introducción¹

1. El capítulo XI de la Ley tipo de defensa de la competencia trata de los instrumentos para la aplicación de la Ley sobre competencia: "Sanciones y medidas de reparación". Un término más común para este último concepto es el de recursos. Dado el carácter objetivo y obligatorio de las leyes de competencia, así como los incentivos comerciales para contravenirlas, las sanciones y medidas de reparación revisten especial importancia. La protección de la competencia —el objetivo primordial de la mayoría de las leyes de competencia— exige que las empresas cumplan las disposiciones de aplicación obligatoria, sean de procedimiento o sustantivas. Sin embargo, la experiencia demuestra que las empresas solo cumplen las normas obligatorias si existe una alta probabilidad de que se detecte el incumplimiento y, una vez detectado, también sea altamente probable que se impongan sanciones y que el costo directo e indirecto de estas sanciones sea comercialmente considerable. En tal caso, la amenaza de sanciones de peso parece ser de importancia decisiva para promover el cumplimiento de la Ley de competencia. Con respecto al objetivo primordial de la mayoría de las leyes sobre la competencia, es decir, proteger el proceso competitivo, las medidas de reparación complementan las sanciones, puesto que tienen por objeto salvaguardar o restablecer la competencia en los casos en que las empresas la hayan falseado o estén por falsearla.

2. Si bien es cierto que la redacción del capítulo XI II) podría interpretarse en el sentido de que se refiere solamente a las sanciones, de los ejemplos mencionados se desprende que esta disposición también abarca las medidas de reparación. Por ejemplo, los mandamientos mencionados en el capítulo XI II) iii) y las órdenes para remediar una infracción mediante una conducta positiva mencionadas en el capítulo XI II) se consideran, por lo general, medidas de reparación. Además, la mayoría de las leyes sobre la competencia prevén el uso de los dos instrumentos de ejecución, que se complementan mutuamente.

3. Las sanciones y las medidas de reparación son instrumentos para la aplicación de la Ley de competencia por el sector público, es decir, para su aplicación por las autoridades públicas como los organismos encargados de la competencia y los tribunales. En fecha reciente, los regímenes de la competencia bien establecidos han empezado a promover la aplicación por el sector privado mediante demandas entabladas por las víctimas de las infracciones de la Ley sobre la competencia, a manera de complemento de la aplicación pública. Este aspecto de la aplicación de la Ley sobre la competencia no está comprendido en el ámbito del capítulo XI, pero se tratará en los comentarios al capítulo XIII de la Ley tipo de defensa de la competencia.

¹ Véase también la nota preparada por la secretaria de la UNCTAD titulada "Appropriate sanctions and remedies". TD/RBP/CONF.7/5. Agosto de 2010.

Sanciones

Órgano facultado para imponer sanciones

4. La facultad para imponer multas puede corresponder al órgano encargado de la aplicación de la ley o la autoridad judicial, o puede estar dividida entre ambos. En este último caso, por ejemplo, la facultad del organismo para imponer una sanción puede quedar limitada a ciertos tipos de conducta como la negativa a suministrar información, el suministro de información falsa o la falta de notificación de los convenios.

5. En la Federación de Rusia, el Pakistán, Panamá, el Perú, y Suiza, y en la Unión Europea, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultades para imponer multas. En Australia y los Estados Unidos, esa facultad corresponde a los tribunales.

Diferentes tipos de sanciones

6. Pueden imponerse sanciones en el caso de infracciones de una disposición sustantiva de la Ley sobre la competencia y también en el caso de infracciones de procedimiento, según se menciona en los incisos iii) y iv) del capítulo XI I) de la Ley tipo de defensa de la competencia. Así, por ejemplo, la Ley austríaca sobre la competencia prevé la imposición de sanciones por infracciones de procedimiento en el caso de suministro de información falsa o engañosa en una notificación de fusión y en el caso de suministro de información falsa o engañosa o incompleta o de incumplimiento de una orden del tribunal de cárteles de proporcionar información. Con arreglo a la Ley de competencia húngara, puede imponerse una multa por una infracción de procedimiento a la parte u otras personas implicadas en las actuaciones de un caso de competencia, así como a las personas obligadas a proporcionar asistencia para aclarar los hechos del caso si realizan actos o siguen una conducta encaminados a dilatar los procedimientos o impedir la revelación de los hechos o que tengan dicho efecto.

7. Las sanciones por la contravención de disposiciones sustantivas pueden ser de carácter administrativo, civil o penal. Las sanciones administrativas —en particular, las multas— son la forma más común de sanción en los casos de cárteles. Algunos ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de imponer multas a los infractores individuales de las leyes de competencia, además de las impuestas a la empresa en cuyo nombre actuaron. Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde la responsabilidad de una empresa con arreglo a la Ley de competencia deriva de la comisión de una infracción de la Ley de competencia por sus administradores o empleados. Otras leyes sobre la competencia prevén solamente la posibilidad de imponer multas a las empresas de que se trate. Además de las multas, las sanciones administrativas pueden incluir la prohibición de que las personas sancionadas se desempeñen como funcionarios de empresas públicas o la inclusión en una lista negra de las empresas que hayan participado en manipulación de licitaciones para impedir que participen en futuras licitaciones públicas.

8. A diferencia de las sanciones administrativas, que pueden ser impuestas por un órgano encargado de la competencia, las sanciones civiles o penales solo pueden ser impuestas por un tribunal. Mientras que las multas pueden ser de carácter administrativo, civil o penal, la privación de libertad es una sanción exclusivamente penal. Algunos países que han optado por un régimen de sanciones administrativas prevén sanciones penales en casos específicos de competencia, por ejemplo, en el caso de manipulación de licitaciones públicas perpetradas por funcionarios públicos.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Tipos de sanciones

<i>País/ordenamiento jurídico</i>	<i>Sanciones</i>						
	<i>Civiles</i>		<i>Administrativas</i>		<i>Penales</i>		
	<i>Multas</i>	<i>Otras</i>	<i>Multas</i>	<i>Otras</i>	<i>Multas</i>	<i>Prisión</i>	<i>Otras</i>
Australia	X	X			X	X	
República de Corea			X	X	X	X	
Japón			X	X	X	X	
Indonesia			X	X	La Ley N° 5 de 1999 prevé varios tipos de sanciones penales que, no obstante, no se aplican en la práctica.		
Armenia			X	X	Limitadas a los actos anticompetitivos de gravedad		
Federación de Rusia			X	X			
Turquía			X	X			
Sudáfrica			X	X	X	X	
Kenya				X	X	X	
Zambia					X	X	
Egipto			X	X	X		X
Túnez			X	X	X	X	X
Unión Europea			Limitadas a las empresas/ no hay responsabilidad personal				
Francia			X	X	X	X	
Reino Unido			X	X	X	X	X
Alemania			X	X	Limitadas a la manipulación de licitaciones		
Perú			X	X			
Brasil			X	X	X	X	
Costa Rica			X	X			
México			X	X	Limitadas a los actos anticompetitivos de gravedad		
Estados Unidos	X	X		X	X	X	
Canadá			X	X	Limitadas a la fijación de precios, repartición del mercado y restricciones a la producción		

9. La subsección II del capítulo XI de la Ley tipo de defensa de la competencia enumera distintos tipos de sanciones posibles. Si bien abarca los tipos de sanciones más comunes, no debe considerarse que la enumeración sea exhaustiva.

i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada)

10. Como ya se dijo, las multas pueden ser de carácter administrativo, civil o penal. Por diversas razones, incluidos los costos administrativos relativamente bajos, constituyen un elemento central de todo régimen público de aplicación de la ley. En muchos ordenamientos jurídicos, la propia Ley de competencia confiere la facultad para imponer multas al órgano encargado de la aplicación o a las autoridades judiciales y fija la cuantía máxima de las multas. Esta cifra debe fijarse a un nivel lo bastante alto para que tenga un suficiente efecto disuasivo. Puede expresarse como porcentaje del volumen de negocios del infractor de la Ley de competencia, sea en función de una cifra concreta o con referencia a una unidad variable, como, por ejemplo, el sueldo mínimo de un país.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Cuantía máxima de las multas

País

Cuantía máxima de las multas expresada como porcentaje del volumen de negocios del infractor

Unión Europea	Con arreglo al párrafo 2 del artículo 23 del Reglamento N° 1/2003, la Comisión puede imponer una multa administrativa máxima a la empresa infractora del 10% del volumen de negocios anual de la empresa en todo el mundo.
Australia	<p>Con arreglo a la Ley de competencia de Australia, el delito de concertación de un cártel se castiga con pena de prisión de hasta diez años o multas de hasta 220.000 dólares australianos, o ambas, por cada contravención. Con arreglo a la prohibición civil de los cárteles, puede imponerse a los particulares una pena pecuniaria de hasta 500.000 dólares australianos por cada contravención. En el caso de las empresas, cada contravención penal o civil de la prohibición de los cárteles dará por resultado una multa o una pena pecuniaria (según proceda) que no excederá:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) De 10 millones de dólares australianos; o b) De tres veces el valor total de los beneficios obtenidos gracias a la comisión del delito, o el acto de omisión, en contravención de la prohibición civil; o c) En caso de que no se hayan podido determinar plenamente los beneficios, del 10% del volumen de negocios anual de la empresa en los 12 meses previos a la comisión del delito o contravención.
China	En lo relativo a las multas, los artículos 46 a 48 de la Ley antimonopolio prevén que en los casos en que los empresarios concierten y ejecuten un acuerdo de monopolio o abusen de su

País

	<p>posición dominante en el mercado en violación de la presente ley, el organismo encargado de la aplicación de la Ley antimonopolio impondrá multas. La cuantía de esas multas oscilará entre 1% y 10% de los ingresos por concepto de ventas percibidos el año anterior. En caso de que los empresarios lleven a cabo una concentración en violación de la presente ley, el organismo encargado de la aplicación de la Ley antimonopolio podrá imponer una multa de hasta 500.000 yuan. El organismo tendrá en cuenta factores tales como la índole, la medida y la duración de las violaciones cuando determine la cuantía de las multas.</p>
Croacia	<p>De conformidad con la nueva Ley croata sobre la competencia, que se aprobó en junio de 2009 y entrará en vigor el 1° de octubre de 2010, podrán imponerse multas de hasta el 10% de la cifra de negocios agregada de la empresa para sancionar las infracciones más graves de las normas de competencia, y multas de hasta el 1% por otras infracciones de las normas de competencia. La nueva facultad para imponer multas incluirá también la posibilidad de aumentar la multa a fin de que la suma exceda la cuantía de los beneficios obtenidos indebidamente como resultado de la infracción.</p>
Hungría	<p>Según la Ley de competencia húngara, la cuantía máxima de la multa por infracciones graves de la Ley de competencia no excederá del 10% de la cifra de negocios neta de la empresa —correspondiente al ejercicio económico anterior al ejercicio en que se dictó la resolución que establecía la comisión de la infracción— o, en caso de que la empresa sea miembro de un grupo de empresas mencionado en la resolución, de ese grupo de empresas.</p>
Japón	<p>Con arreglo a la Ley japonesa antimonopolio, los recargos se calculan sobre la base del valor de las ventas de los productos o servicios afectados durante el período de las infracciones (tres años como máximo), multiplicando el respectivo valor de las ventas por los factores porcentuales determinados según el tipo de infracción, la escala de las operaciones y las categorías de negocios. En el caso de las empresas manufactureras, los factores porcentuales oscilan entre 1% y 10%; para los mayoristas, entre el 1% y el 2%; y para los minoristas, entre el 1% y el 3%.</p>
Etiopía	<p>En Etiopía, la cuantía máxima de las multas por infracciones de la Ley de competencia asciende al 10% del valor del total de los activos de la empresa infractora o al 15% de sus ventas anuales.</p>

Cuantía máxima de las multas expresada como suma fija

Benin	<p>Con arreglo a la Ley N° 90-005, de 15 de mayo de 1990, en que se estipulan las condiciones para las actividades comerciales en Benin, se pueden imponer multas que oscilan entre 500.000 francos CFA y 10 millones de francos CFA por infracciones de la ley. Cabe observar que las multas previstas en el proyecto de ley sobre competencia de Benin, en examen en 2010, son considerablemente más elevadas.</p>
-------	--

País

Canadá	Con arreglo a la Ley de competencia canadiense, las sanciones monetarias administrativas no pueden exceder de 10 millones de dólares (o 15 millones en el caso de una orden subsiguiente). Los delitos graves, como los convenios de cártel, pueden castigarse con privación de la libertad de hasta 14 años o multas de hasta 25 millones de dólares, o ambas cosas.
Chile	En Chile, pueden imponerse multas de hasta 400.000 dólares, y corresponde al Tribunal determinar la cuantía teniendo debidamente en cuenta la cifra de negocios y la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción.
Estados Unidos	En los Estados Unidos se aprobó legislación en 2004 que elevó la cuantía máxima de una multa por infracciones antitrust de las empresas de 10 millones de dólares a 100 millones de dólares.
Zambia	De conformidad con las leyes de Zambia, las penas incluyen multas que no excederán de 10 millones de kwacha.

Cuantía máxima de las multas expresada en función de una unidad variable

Brasil	<p>Con arreglo al artículo 23 de la Ley N° 8884, de 3 de junio de 1994, pueden imponerse las siguientes penas antitrust:</p> <p>i) A las empresas: una multa de 1% a 30% de las utilidades brutas antes del pago de impuestos, durante el último ejercicio económico. En ningún caso será la cuantía de la multa inferior a los beneficios obtenidos por la infracción cometida, siempre que se puedan evaluar;</p> <p>ii) En el caso de administradores directa o indirectamente responsables de la infracción de la empresa: una multa del 10% al 50% de la multa impuesta a la empresa, que será impuesta personal y exclusivamente al administrador; y</p> <p>iii) En el caso de otras personas y otras entidades jurídicas públicas o privadas, así como cualesquiera asociaciones de hecho o de derecho de entidades o de personas, incluso temporales, con o sin personalidad jurídica, que no realicen actividades comerciales, cuando no sea posible utilizar el valor de las ventas brutas, la multa oscilará entre 6.000 a 6.000.000 de UFIR* o cualquier índice que la reemplace.</p> <p>Las multas impuestas en caso de reincidencia serán de cuantía doble.</p> <p>* Unidad de referencia fiscal.</p>
Perú	La Ley peruana de competencia distingue diferentes grados de infracción de esa ley. En el caso de las infracciones más graves, prevé multas que oscilan entre 1.000 veces el valor de las Unidades Impositivas Tributarias (unidades de referencia basadas en el índice de precios de consumo) y el 12% del volumen de negocios anual del grupo de empresas al que pertenezca el infractor de la Ley de competencia.

11. En varios ordenamientos jurídicos, el organismo encargado de la aplicación de la Ley de competencia publica directrices en las que se indican los elementos que se tendrán en cuenta al calcular la cuantía de la multa. Las circunstancias agravantes, como la persistencia de la infracción o la reincidencia o el desempeño de un papel importante en su comisión, pueden llevar a un aumento de la multa. En este contexto, una suma elevada de beneficios ilícitos puede constituir una circunstancia agravante. Las circunstancias atenuantes, en cambio, llevan a una reducción de la multa. Lo más importante, en varios países, es que la cooperación de un infractor de la Ley de competencia dentro del marco de un programa de indulgencia justifica la reducción de la multa. En Hungría, por ejemplo, el Consejo de Competencia concede inmunidad a la multa impuesta —o la reduce— en el caso de empresas que ponen en conocimiento del Organismo húngaro encargado de la competencia, en la forma estipulada por la ley, los acuerdos o prácticas concertados entre competidores que tengan por finalidad directa o indirecta fijar los precios de compra o venta; repartir los mercados, incluidos la manipulación de licitaciones o el reparto de la producción o los cupos de ventas². El 1º de abril de 2010, entró en vigor en Hungría una nueva enmienda que institucionalizaba el plan conocido por el nombre de recompensa a los informantes. Con arreglo a esta enmienda, las personas que proporcionan información indispensable sobre cárteles intrínsecamente nocivos pueden tener derecho a obtener una recompensa en las condiciones que determina la ley (la recompensa no debe exceder del 1% de la cuantía de la multa). Además, las autoridades encargadas de la competencia pueden recompensar con una reducción de la multa a una empresa que esté dispuesta a aceptar la solución de una infracción de cártel, puesto que estas soluciones acordadas contribuyen a acortar la duración de los juicios y a economizar recursos. Otras circunstancias atenuantes pueden incluir la cesación inmediata de la infracción después de la intervención del órgano encargado de la aplicación de la Ley de competencia y la infracción culposa de la ley, en contraposición a la infracción dolosa o intencional. En casos excepcionales, el órgano de la competencia puede también tener en cuenta la incapacidad de pago de una empresa en un contexto social y económico específico y puede, por tanto, reducir la cuantía de la multa o conceder facilidades de pago. La imposición de una multa a una empresa en una medida que fuerce su quiebra y la obligue, por tanto, a retirarse del mercado, iría en contra del objetivo primordial de las leyes de la competencia que consiste en proteger el proceso competitivo.

ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación flagrante y deliberada de la ley o de un mandato judicial por parte de una persona natural)

12. Las actitudes recientes de los regímenes jurídicos de competencia bien establecidos con respecto a los acuerdos anticompetitivos han tendido a promover la disuasión mediante la imposición de multas muy considerables a las empresas. Por ejemplo, en 2008 la Comisión Europea impuso una multa a Saint-Gobain, de Francia, de 896 millones de euros por su participación en un cártel de reparto del mercado con otros fabricantes de productos de vidrio. En 2009, se descubrió que el fabricante de microcircuitos integrados Intel había violado el artículo 102 del Tratado de la Unión Europea y, por tanto, se le impuso una multa de más de 1.000 millones de euros. Además, puede observarse esa misma tendencia hacia multas de mayor cuantía en algunos regímenes jurídicos de la competencia menos experimentados.

² Ley N° LVII, de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas, art. 78/A-78/B, y 88/D.

13. Aunque la mayoría de las leyes sobre competencia prevén sanciones administrativas o civiles en el caso de conducta anticompetitiva, hay una tendencia hacia la criminalización de estas infracciones. Hasta fecha reciente, los Estados Unidos eran el único país que imponía sanciones penales, con privación de libertad, a personas que hubieran cometido infracciones de la Ley sobre competencia. La Ley Sherman prevé sanciones penales (para las infracciones de los artículos 1 y 2) y una infracción puede perseguirse como delito grave, punible por una multa a la empresa y hasta diez años de prisión para las personas. Otros varios países tenían disposiciones de ese tipo pero no las aplicaban. En la actualidad son más los países —incluidos el Canadá, Israel, el Japón y el Reino Unido— que imponen sanciones penales a las personas para combatir los cárteles intrínsecamente nocivos. El Reino Unido ha introducido —con arreglo a la Ley de empresas de 2003— sanciones penales para castigo de las personas que cometen ciertos delitos anticompetitivos claramente definidos. En 2008, los tribunales del Reino Unido impusieron por primera vez penas de prisión a personas que habían participado en un cártel internacional. En 2009, el Parlamento de Australia aprobó legislación que tipificaba como delitos ciertos actos específicos de cárteles (fijación de precios; limitación del volumen de la producción o de la cadena de producción y distribución; reparto de clientes, proveedores o territorios; y manipulación de licitaciones)³.

14. Los partidarios de las sanciones penales para las personas sostienen que dichas sanciones constituyen el medio más eficaz para conseguir que los administradores de empresas, y por tanto las empresas mismas, cumplan con la ley. Puesto que el actual nivel de las multas impuestas a las empresas en ordenamientos jurídicos como el de los Estados Unidos y la Unión Europea no podrían elevarse más sin causar trastornos económicos, y puesto que el costo de las multas pasarían, en última instancia, al consumidor, harán falta otros medios de disuasión. Por consiguiente, la responsabilidad personal de los infractores tendría que desempeñar un papel más importante. En este contexto, se ha afirmado también que las sanciones pecuniarias impuestas a los particulares no constituyen un factor suficiente de disuasión puesto que existe un alto riesgo de que las empresas se hagan cargo del pago de las multas respectivas en beneficio de sus empleados. Este riesgo puede mitigarse mediante la correspondiente prohibición dirigida a la empresa.

15. Sin embargo, por varias razones, un Estado puede optar por no imponer sanciones penales para castigar las infracciones de la Ley de competencia. En primer lugar, puede no ser procedente prever sanciones penales puesto que las leyes de competencia son nuevas y la comunidad empresarial no ha tenido un tiempo razonable para familiarizarse con las nuevas obligaciones jurídicas. Además, mientras los principios del derecho de la competencia no hayan sido ampliamente aceptados por una parte importante del mundo jurídico y económico, la criminalización de las infracciones puede no estar en consonancia con las normas sociales y jurídicas. Por otro lado, el costo de las sanciones criminales —en particular, la privación de libertad— puede parecer demasiado elevado en comparación con el costo de otros tipos de sanciones. Otro argumento aducido en contra de las sanciones penales en los casos de competencia es la preocupación derivada de los requisitos de procedimiento más estrictos; por ejemplo, la mayor carga de la prueba que ha de respetarse en las causas criminales. Estos factores pueden hacer que el enjuiciamiento por contravenciones de la Ley de competencia sea más difícil y costoso y se reduzca así el número de casos concluidos con éxito. En suma, cada uno de estos argumentos puede tener cierta validez.

³ Ley de enmienda a las prácticas comerciales (conducta de cárteles y otras medidas) de 2009, disponible en <http://www.comlaw.gov.au>.

16. La facultad para imponer una pena de prisión incumbiría normalmente a las autoridades judiciales. En algunos países, como el Japón y Noruega, la facultad para imponer penas de prisión está reservada a las autoridades judiciales a solicitud del órgano encargado de la aplicación de la ley.

Medidas de reparación

17. En contraste con las sanciones, las medidas de reparación que tienen por objeto mantener o restablecer la competencia en el futuro no son de carácter punitivo. Las medidas de reparación permiten poner fin a una infracción de la Ley de competencia, indemnizar a las víctimas y remediar el daño causado a la competencia. Convencionalmente, las medidas de reparación se clasifican como medidas de carácter estructural o de conducta. Las medidas estructurales suelen ser medidas de reparación que se adoptan una sola vez con objeto de restablecer la estructura competitiva del mercado. Las medidas correctivas de la conducta normalmente se mantienen en vigor durante cierto tiempo, que puede ser un plazo determinado, y están concebidas para modificar o moderar la conducta de las empresas (en algunos ordenamientos jurídicos, las medidas correctivas de la conducta se denominan "medidas de conducta"). En los casos en que estas medidas exigen una supervisión o vigilancia permanentes, el costo tanto para el organismo encargado de la competencia como para las empresas puede ser elevado. Algunas medidas, como las relativas al acceso a los derechos de propiedad intelectual, son particularmente difíciles de encuadrar en una categoría determinada.

18. Según el marco jurídico en que operen, las autoridades de la competencia pueden imponer medidas de reparación unilateralmente o pueden negociarlas con las partes interesadas a propuesta de las partes (lo que ha dado en llamarse promesas o compromisos). Verdad es que a veces estas promesas o compromisos se consideran sanciones; sin embargo, si se tiene en cuenta que su objeto primordial es tratar de restablecer la competencia en los casos en que ha sido distorsionada por una práctica anticompetitiva, las promesas o compromisos pueden bien clasificarse como medidas de reparación.

19. Además de las multas y penas de prisión, en la subsección II del capítulo XI de la Ley tipo de defensa de la competencia se mencionan varias medidas que son, en realidad, medidas de reparación, según lo entienden en la actualidad la mayoría de las leyes sobre competencia.

iii) Órdenes o mandamientos provisionales

20. Generalmente las órdenes o mandamientos provisionales están comprendidos en la categoría de medidas correctivas de conducta. Pueden dictarse a manera de medida preliminar durante un caso de competencia pendiente a fin de impedir que una empresa infrinja o siga infringiendo la Ley sobre competencia. En los distintos regímenes jurídicos de la competencia son también distintos los órganos facultados para dictar órdenes o mandamientos provisionales. En los países de derecho anglosajón, esta facultad reside principalmente en los tribunales. Así, por ejemplo, en el Canadá, el Fiscal General puede —en casos urgentes— solicitar un mandamiento provisional al tribunal competente para detener temporalmente la conducta que constituye, o tiene por objeto constituir, la comisión de un delito. En los países de tradición jurídica romanista, las autoridades encargadas de la competencia pueden tener esas facultades. Por ejemplo, la Oficina federal alemana de cárteles puede dictar medidas provisionales con arreglo al artículo 32a de la Ley contra las restricciones a la competencia. En Hungría, el Consejo de la competencia puede —a manera de medida provisional— prohibir, en su mandamiento, la continuación de la conducta ilegal u ordenar la eliminación de la situación ilegal, si se necesita actuar sin demora para la protección de los intereses jurídicos o económicos de las personas afectadas

o si se ve amenazada la formación, el desarrollo o la continuación de la competencia económica. El Consejo de competencia puede exigir también el pago de una fianza como condición si la medida provisional fue solicitada por la parte sometida a investigación⁴.

iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de que cese una infracción o se desista de ella o se le ponga remedio mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.

21. En realidad, las órdenes de cesar y desistir son similares a mandamientos y sirven para poner fin inmediatamente a una infracción de la Ley de competencia. Por ejemplo, un órgano encargado de la aplicación de la Ley de competencia puede ordenar a los miembros de un cártel que pongan fin a los acuerdos de fijación de precios, o bien puede ordenar a una empresa con una posición dominante en el mercado que cese en la práctica anticompetitiva de agrupar ciertos productos. La mayoría de las leyes de competencia prevén las órdenes de cesar y desistir.

22. En algunos casos, empero, la conducta sometida a investigación ya ha causado perjuicios anticompetitivos de modo que puede resultar necesario adoptar medidas concretas para restablecer la competencia. En este contexto, el capítulo XI II) iv) de la Ley tipo de defensa de la competencia se refiere a las órdenes para que se "ponga remedio [a una infracción] mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.". La imposición de una medida correctiva de conducta obliga a la empresa a actuar de una manera determinada. Esto incluye, entre otras cosas, la modificación de las estructuras de precios, los sistemas de bonificación, los cambios en las condiciones de comercio y la concesión de acceso a la infraestructura o a la propiedad intelectual.

23. Si bien las medidas correctivas de la conducta pueden formularse para atender inquietudes competitivas concretas, suele considerarse que no son ventajosas desde el punto de vista de la supervisión, puesto que requieren una vigilancia constante, lo cual afecta adversamente a los recursos del organismo encargado de la competencia.

v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos)

24. La venta o liquidación de los activos en relación con las fusiones es la medida de reparación estructural más frecuente. De conformidad con un sistema de notificación previo a la fusión, las autoridades de la competencia evalúan normalmente los efectos probables sobre la competencia de una transacción notificada. Cuando el pronóstico no es favorable para la competencia, los reparos suscitados pueden remediarse mediante las medidas de reparación apropiadas, como la venta o liquidación de los activos de partes concretas de una empresa; por ejemplo, una fábrica o una red de distribución. Las leyes sobre la competencia varían en lo relativo a la cuestión de si las ventas o liquidación de los activos deben ser propuestas por las partes autoras de la notificación y luego puestas a prueba por la autoridad encargada de la competencia o si la autoridad está facultada para imponer unilateralmente una venta o liquidación de activos en su decisión de conceder la aprobación. Si se tiene en cuenta el hecho de que las partes en una fusión propuesta son primordialmente responsables de formular la transacción, puede resultar aconsejable que el organismo de la competencia

⁴ Ley N° LVII de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas, arts. 72 1) c) y 72 2).

recurra a las partes para diseñar una medida correctiva apropiada en un diálogo entre el organismo y las partes.

25. En el Japón, por ejemplo, en muchos casos las partes celebran voluntariamente consultas previas con la Comisión de comercio equitativo del Japón antes de presentar las notificaciones oficiales. La Comisión lleva a cabo sus inspecciones en las etapas iniciales y, si llega a la conclusión de que la transacción es problemática, indica a las partes sus preocupaciones desde el punto de vista de la competencia. A continuación, las partes proponen una medida correctiva a título voluntario, cuya eficacia es evaluada por la Comisión. Gracias a este procedimiento, la Comisión rara vez impone medidas de reparación en los casos de fusión y adquisición como una acción oficial.

26. Con arreglo a los sistemas de notificación posterior a la fusión, el organismo de la competencia interviene sólo una vez que la transacción ha sido ejecutada. De este modo, cualquier medida de reparación del proceso competitivo puede concebirse y decidirse sólo después de realizada la fusión, lo cual puede plantear ciertos inconvenientes desde el punto de vista práctico. En una situación donde la venta o liquidación de los activos pueda no remediar el daño causado a la competencia por una fusión, el organismo de la competencia puede verse obligado a ordenar la rescisión o disolución de la fusión, que entraña la dificultad casi insuperable de restablecer las condiciones iniciales.

27. En los casos de fusión, la rescisión constituye un último recurso (*ultima ratio*), cuando no es posible proteger la competencia de ninguna otra manera. En la situación típica, puede aplicarse si las partes en la fusión anticompetitiva no han respetado un plazo previsto por ley en el sistema de notificación previa a la fusión y han llevado a la práctica la transacción propuesta sin la aprobación requerida de las autoridades competentes. Como ya se dijo, la rescisión también puede ocurrir en los regímenes de notificación posterior a la fusión.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Medidas de reparación estructurales en los casos de fusión

País

Canadá

En los casos en que la Oficina de la competencia canadiense considera probable que una fusión impida o reduzca sustancialmente la competencia, el Comisario puede dirigirse al Tribunal de la competencia para impugnar la fusión con arreglo a las disposiciones aplicables de la ley, o negociar la adopción de medidas correctivas con las partes en la fusión a fin de resolver de común acuerdo los problemas relativos a la competencia. En caso de que el Tribunal concluya que una fusión impedirá o reducirá, o tendrá probabilidades de impedir o reducir, la competencia sustancialmente, puede dictar una orden por la cual prohíba la fusión o una orden correctiva que obligue a las partes a disolver la fusión o a vender o liquidar activos.

Las partes en una transacción propuesta que exceda ciertos umbrales monetarios deben notificar al Comisario y esperar durante el plazo de examen que fija la ley antes de poder cerrar la transacción. Las partes que incumplan el plazo de espera pueden estar sujetas a una orden que les exija disolver la fusión, vender o liquidar activos o pagar una pena monetaria administrativa de hasta 10.000 dólares canadienses por cada día de incumplimiento.

País

Unión Europea	<p>En el caso de las fusiones, el Reglamento sobre fusiones estipula expresamente que la Comisión puede decidir declarar que una concentración es compatible con el mercado de la Unión Europea tras la modificación por las partes, tanto antes como después de la iniciación de los procedimientos. Con tal fin, la Comisión puede acompañar a su decisión de condiciones y obligaciones concebidas para asegurar que las empresas del caso cumplan los compromisos contraídos ante la Comisión con miras a lograr que la concentración sea compatible con el mercado común.</p> <p>Sin embargo, la Comisión no está facultada para imponer unilateralmente ninguna condición en sus autorizaciones; sólo puede aceptar esas condiciones cuando son propuestas por las partes.</p> <p>En los casos en que una concentración plantea problemas con respecto a la competencia por considerarse que podría obstaculizar apreciablemente una competencia efectiva, las partes pueden tratar de modificar la concentración a fin de resolver esos problemas y lograr así autorización para la fusión proyectada.</p> <p>La Comisión tiene que decidir si las medidas correctivas propuestas, una vez puestas en práctica, eliminarán los problemas respecto de la competencia. Según la jurisprudencia de los tribunales europeos, el propósito básico de los compromisos es proteger las estructuras del mercado competitivo. Por consiguiente, los compromisos de índole estructural —por ejemplo, el de vender una unidad empresarial— son, por lo general, preferibles desde el punto de vista de los objetivos del Reglamento sobre fusiones, en la medida en que dichos compromisos eliminan las preocupaciones relativas a la competencia que suscitaría la fusión en la forma notificada. Además, no requieren medidas de vigilancia a mediano o largo plazo.</p>
Mauricio	<p>Las fusiones propuestas que se notifican a la Comisión de la competencia de Mauricio (CCM) y se someten a investigación pueden ser bloqueadas si se prevé que han de causar una disminución significativa de la competencia y si no existe ninguna otra medida correctiva eficaz.</p> <p>Si se prevé que habrá una disminución significativa de la competencia sólo en algunos mercados, entonces la CCM puede bloquear sólo parte de la transacción, permitiendo que se realice la fusión a reserva de que ciertas partes de la empresa objeto de la fusión se mantengan independientes. Otra posible solución es permitir que se lleve a cabo la fusión plena, pero la empresa resultante de la fusión tendría entonces que vender parte de la empresa (dentro de un plazo especificado). En ambos casos, la CCM aplicará los principios que se describen más abajo para determinar el conjunto de activos que deberán eliminarse de la empresa resultante de la fusión.</p>

País

La venta o liquidación de activos puede representar un medio sumamente eficaz de crear una estructura de mercado más competitiva de lo que hubiera sido posible de otro modo. Sin embargo, la CCM reconoce que la liquidación forzosa representa una considerable intervención en los derechos de propiedad. Por consiguiente, no exigirá la liquidación en tales casos a menos que esté convencida de que no existe ninguna otra medida correctiva igualmente eficaz y que dicha intervención guarda proporción con los beneficios previstos.

El conjunto de activos debe ser viable, ya sean de propiedad independiente o estén bajo el control de un agente existente del mercado. La viabilidad exige que los activos liquidados estén en condiciones de ofrecer una amenaza competitiva eficaz a los demás productores del mercado, y sean además rentables.

La CCM dará a las empresas la mayor libertad posible en cuanto a la elección de la forma de liquidar sus activos, siempre que se mantenga la eficacia de la medida correctiva y la liquidación se lleve a cabo en plazos razonables.

La CCM puede también imponer restricciones a los tipos o las identidades específicas de los compradores autorizados de los activos liquidados. Antes de proceder con la diligencia debida, las empresas que se deshagan de sus activos deberán obtener la aprobación de la CCM del comprador preferido. Es probable que la CCM rechace los compradores potenciales si cree que no habrán de usar los activos para competir de manera eficaz en los mercados pertinentes con respecto a los cuales tiene inquietudes.

Las medidas correctivas de venta o liquidación normalmente no exigen ninguna vigilancia ni medidas de aplicación por la CCM, una vez terminada la venta de los activos. Sin embargo, como parte de la orden de venta o liquidación (o promesas aceptadas), la CCM estipulará normalmente que los activos liquidados no pueden ser readquiridos por la empresa vendedora (en cuyo caso volverían a quedar bajo su control). Esta prohibición está limitada por una cláusula de extinción, normalmente de diez años.

Estados Unidos

En los Estados Unidos, la venta o liquidación de activos constituye una medida correctiva en los casos de fusiones y adquisiciones ilegales. Se considera que se trata de un "recurso estructural", que requiere cierto desmantelamiento o venta de las estructuras o bienes que contribuyan a una restricción continua del comercio, la monopolización o la adquisición. El alivio estructural puede desglosarse en tres categorías: disolución, venta de activos y liquidación forzosa. La disolución se refiere en general a una situación en la que se trata de disolver una concentración o asociación supuestamente ilegal; puede incluir la venta de activos y la liquidación forzosa como métodos para lograr ese fin.

País

La venta de activos se refiere a las situaciones en que los demandados se ven obligados a desprenderse de propiedades, valores u otros activos.

La liquidación forzosa es una expresión utilizada generalmente para indicar los efectos de una decisión judicial por la que se ordena la venta de ciertos tipos de activos; se aplica especialmente a los casos en que el procedimiento judicial tiene por objeto conseguir garantías contra los abusos monopolísticos resultantes de la propiedad o control integrados de una sociedad (como la integración vertical de las funciones de fabricación y distribución o la integración de la propiedad y venta de productos diversificados que no tienen relación de uso o función). Este tipo de recurso no está previsto expresamente en la legislación. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley Sherman y el artículo 5 de la Ley Clayton autorizan al Fiscal General a incoar un procedimiento en equidad para "impedir y reprimir las violaciones de las leyes antitrust", y disponen que "estos procedimientos podrán iniciarse mediante petición en la que se exponga el caso y se ruegue que se ordene que esta violación quede prohibida". Además, aparte de estas autorizaciones generales concedidas por ley, lo fundamental del juicio de equidad es que el tribunal está facultado para adaptar la sentencia a las necesidades de cada caso. Así, por ejemplo, al invocar el Gobierno la autoridad general de un tribunal de equidad con arreglo a las Leyes Sherman o Clayton, el tribunal dispone de un amplio margen de libertad para adaptar su decisión a las necesidades del caso a fin de dar una solución eficaz y adecuada. Véase: Chesterfield, Oppenheim, Weston and McCarthy (1981). *Federal Antitrust Laws*. West Publishing Company: pág. 1042. Véase también: Oficina de la Competencia de la Comisión Federal de Comercio (1999). *A Study of the Commission's Divestiture Process*.

vi) *Restitución a los consumidores perjudicados*

28. Algunas leyes sobre la competencia permiten que el organismo encargado de la competencia ordene la restitución a los que hayan resultado perjudicados por la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, en Indonesia, entre las medidas administrativas previstas en el artículo 47 de la Ley N° 5/1999 relativa a la prohibición de las prácticas monopolísticas y la competencia desleal se incluye el pago de una indemnización por el órgano indonesio encargado de la competencia. Esta orden de restitución, como parte del régimen de aplicación pública de la ley, es diferente de la indemnización por daños y perjuicios, que puede ser ordenada por un tribunal civil como parte de la aplicación de la Ley sobre la competencia por el sector privado. Esto último se trata en el capítulo XIII de la Ley tipo de defensa de la competencia (Acción de resarcimiento de daños y perjuicios).

vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios incoadas por los damnificados

29. Como ya se dijo, los regímenes jurídicos de la competencia bien establecidos han empezado a promover la aplicación de la Ley sobre la competencia por el sector privado, es decir, la posibilidad de que las víctimas de la conducta anticompetitiva, en particular de los cárteles intrínsecamente nocivos, entablen demandas privadas por daños y perjuicios. Estos juicios privados suelen iniciarse en tribunales civiles y, en la mayoría de los casos, son acciones que siguen al enjuiciamiento público de una causa de cárteles.

30. A fin de agilizar el procedimiento, puede suceder que la Ley sobre la competencia estipule que las conclusiones del órgano de la competencia que determinó la existencia de conducta anticompetitiva son vinculantes para los juicios posteriores por daños y perjuicios. Esto significa que los demandantes de daños y perjuicios no necesitarán demostrar la conducta anticompetitiva del demandado; los demandantes sólo tendrán que fundamentar y probar el perjuicio que han sufrido por la infracción de la Ley de competencia. Por ejemplo, con arreglo a la Ley contra las restricciones de la competencia de Alemania, en los casos en que se entable una demanda por daños y perjuicios por una infracción de la Ley de competencia, el tribunal estará obligado por la conclusión a que haya llegado en una decisión definitiva, respecto de la infracción, cualquier autoridad nacional de cárteles de un Estado miembro de la Unión Europea o de la Comisión Europea. En algunos países, la demanda privada por daños y perjuicios se permite solamente después de emitida una decisión por el organismo encargado de la competencia, por ejemplo, en Costa Rica, el Japón y Sudáfrica.