



**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 IX**

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

El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización

- I. *Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley y su denominación.*
- II. *Composición del organismo, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento.*
- III. *Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.*
- IV. *Duración del mandato del presidente y demás miembros del organismo, por un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.*
- V. *Destitución de los miembros del organismo.*
- VI. *Posible inmunidad penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.*
- VII. *Nombramiento del personal necesario.*

I. Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley y su denominación

Introducción

1. Existen varias opciones en cuanto a la composición, estructura y funciones del organismo encargado de la competencia. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la estructura de este organismo y la determinación de las funciones de adopción de decisiones que le corresponden dentro de los regímenes administrativo y judicial suelen responder a uno de los tres modelos estructurales siguientes¹:

- i) El modelo judicial bifurcado: el organismo está facultado para investigar y obligado a iniciar acciones judiciales ante tribunales ordinarios, con derechos de apelación ante los tribunales ordinarios de apelación.
- ii) El modelo de organismo bifurcado: el organismo está facultado para investigar y obligado a iniciar acciones judiciales ante órganos jurisdiccionales especializados en competencia, con derechos de apelación ante órganos de apelación, también especializados, o ante los tribunales ordinarios de apelación.
- iii) El modelo de organismo integrado: el organismo ejerce funciones de investigación y decisorias, con derechos de apelación ante tribunales ordinarios de apelación u órganos especializados.

2. Muchos Estados miembros han adoptado variantes —o combinaciones de variantes— de estos modelos estructurales básicos. Por ejemplo, es común que el organismo esté facultado a un mismo tiempo para ejercer funciones de investigación y decisorias en relación con fusiones y concentraciones, pero que tenga solo facultades de investigación en relación con las prácticas comerciales restrictivas y los abusos de posición

¹ Trebilcock M. y Iacobucci E. M. Designing competition law institutions: values, structure and mandate. 41 *Loyola University Chicago Law Journal* 455.

dominante, en cuyo caso la función decisoria queda a cargo de los tribunales ordinarios o de tribunales especializados.

3. Cada uno de estos modelos tiene ventajas y desventajas. Por ejemplo, el modelo de organismo bifurcado puede mejorar la calidad de la adopción de decisiones al concentrar la función decisoria en un grupo reducido de jueces especializados y expertos. Por otro lado, este modelo puede exigir una densidad de recursos excesiva, en vista de que los tribunales de competencia general proporcionan una alternativa sencilla, aparte de que puede suscitar inquietudes con respecto a la justicia natural o a las garantías procesales si con él se limita el acceso a los tribunales ordinarios. El modelo de organismo integrado puede ser el método de aplicación de la ley más eficiente desde el punto de vista administrativo, pero entraña considerables riesgos desde el punto de vista de las garantías procesales, riesgos que deben prevenirse.

4. En algunos casos se han fusionado distintos órganos en un solo organismo dotado de todas las funciones relativas a las prácticas comerciales restrictivas, la protección del consumidor y el derecho de sociedades; por ejemplo, en Colombia², el Perú³ y Nueva Zelandia⁴. La concentración en un solo organismo de un amplio mandato regulador puede ayudar a mantener la integridad y coherencia de la política de ejecución de las leyes.

5. Otros países han optado, en cambio, por establecer varios organismos dotados de facultades de ejecución totalmente separadas o con partes comunes en sus respectivos ámbitos, por ejemplo, China y los Estados Unidos. Si bien esta estructura es compleja desde el punto de vista administrativo, el traslape de jurisdicciones puede asegurar una aplicación de la ley más estricta, porque hace más remota la posibilidad de que el sector de la industria interesado ejerza influencia en los organismos.

6. Además, algunos países también permiten la participación del sector privado en la aplicación y, en algunos casos, la estimulan activamente (por ejemplo, los juicios por indemnización triple en los Estados Unidos). La aplicación privada permite a los más afectados por la conducta anticompetitiva adoptar medidas por propia iniciativa, sin depender de un organismo regulador, que puede carecer de fondos suficientes o tener prioridades de aplicación distintas.

7. No es posible afirmar categóricamente que tal o cual forma de estructurar el organismo y de integrarlo en el mecanismo administrativo o judicial de un país determinado sea la mejor. Eso es algo que debe decidir cada país. De hecho, varios países han decidido no establecer un organismo independiente encargado de la competencia, sino llevar a la práctica la política de competencia mediante un departamento ministerial

² Además de encargarse de las cuestiones de competencia, la Superintendencia se ocupa de la administración de las siguientes leyes: patentes, marcas comerciales, protección del consumidor, cámaras de comercio, normas técnicas y metrología. Véase el artículo 3 del Decreto N° 2153, de 30 de diciembre de 1992, sobre la Superintendencia de Industria y Comercio.

³ Con arreglo al artículo 2.1 del Decreto-ley N° 1033, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es el encargado de hacer cumplir las leyes relativas a los siguientes temas: competencia, antidumping y subvenciones, protección del consumidor, publicidad, competencia desleal, metrología, control de la calidad y barreras no arancelarias, procedimientos concursales, marcas comerciales, patentes, variedades de plantas, denominaciones de origen y transferencia de tecnología.

⁴ La Comisión de Comercio es una entidad de la Corona independiente, establecida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de comercio de 1986. Está encargada de hacer cumplir las leyes que promueven la competencia en los mercados de Nueva Zelandia y prohíbe la conducta fraudulenta y engañosa de los comerciantes. La Comisión también hace cumplir varias leyes que, mediante la reglamentación, procuran llevar los beneficios de la competencia a mercados donde no existe una competencia efectiva, por ejemplo, en los sectores de las telecomunicaciones, productos lácteos, electricidad, gasoductos y aeropuertos. Véase <http://www.comcom.govt.nz/about-us/>.

dedicado exclusivamente a esa tarea. Sin embargo, existe un creciente consenso en cuanto a la conveniencia de establecer organismos independientes facultados para hacer cumplir la ley de competencia. La Ley tipo de defensa de la competencia se ha formulado partiendo de la hipótesis de que el organismo administrativo probablemente más eficiente sea un organismo casi autónomo o independiente del gobierno con amplias facultades judiciales y administrativas para realizar investigaciones y aplicar sanciones, y que, al mismo tiempo, ofrezca la oportunidad de interponer recursos ante un órgano judicial superior⁵.

8. En la mayoría de los organismos creados en los últimos años (generalmente en países en desarrollo y en transición) existe la tendencia a concederles la mayor independencia administrativa posible. Esta característica es muy importante porque protege a esos organismos de la influencia política.

9. La independencia administrativa tiene tres ejes principales: i) independencia en la adopción de decisiones; ii) independencia presupuestaria; y iii) independencia para la contratación de personal. La independencia en la esfera de la adopción de decisiones exige que el organismo esté aislado de la intervención o influencia gubernamentales (y, de igual modo, libre de la influencia de agentes externos no gubernamentales) cuando adopta decisiones concretas de aplicación de la ley. Sin embargo, el gobierno tiene todavía un papel que desempeñar al establecer la política de la competencia a nivel general más bien que a nivel de casos concretos. La independencia presupuestaria asegura que la financiación no se convierta en una herramienta para influir en las decisiones del organismo. La independencia en materia de personal requiere que los funcionarios del organismo sean empleados por el propio organismo y no por un ministerio de gobierno. El grado de independencia en estos tres ejes de que gozan los distintos organismos reguladores de la competencia varía de un Estado miembro a otro.

10. Independientemente del modelo estructural que haya adoptado un país, debe asegurarse de que su régimen de aplicación de la ley sobre la competencia produzca los resultados deseados. Bajo el rubro "eficacia del organismo", se ha realizado una considerable labor en años recientes para evaluar los criterios con que ha de determinarse si un organismo regulador de la competencia funciona satisfactoriamente y da resultados. A fin de lograr una mayor eficacia, los organismos reguladores de la competencia pueden ser objeto de distintos tipos de evaluación encaminada a determinar los puntos débiles y encontrar la forma de subsanarlos⁶.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Diseño institucional del organismo de la competencia

País

Modelo judicial bifurcado

Australia

La Comisión de Defensa de la Competencia y del Consumidor de Australia se encarga de investigar las infracciones de la Ley de prácticas comerciales de 1974 y puede incoar procedimientos judiciales contra las empresas de las cuales sospecha que han contravenido la ley.

⁵ Se encontrará mayor información en la nota de la secretaria de la UNCTAD titulada "Independencia y rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia". TD/B/COM.2/CLP/67. 14 de mayo de 2008.

⁶ Se encontrará mayor información sobre este tema en la nota preparada por la secretaria de la UNCTAD titulada "Criterios para evaluar la eficacia de las autoridades reguladoras de la competencia". TD/B/COM.2/CLP/59. 26 de abril de 2007.

País

Jamaica	<p>El Tribunal Federal está facultado para entender en los asuntos de competencia y resolverlos.</p> <p>La Comisión de Comercio Justo de Jamaica está facultada para realizar investigaciones en relación con la conducta de los negocios en Jamaica a fin de determinar si una empresa se dedica a prácticas que contravienen la Ley de competencia leal.</p> <p>Previa solicitud de la Comisión de Comercio Justo, la Corte Suprema puede a) ordenar que el infractor pague a la Corona, a manera de pena pecuniaria, una suma que no excederá de 1 millón de dólares en el caso de un particular, y que no excederá de 5 millones de dólares en el caso de una entidad que no sea un particular; o b) emitir un interdicto que impida al infractor persistir en su conducta anticompetitiva; véase el artículo 47 de la Ley de competencia leal.</p>
---------	---

Modelo de organismo bifurcado

Sudáfrica	<p>El sistema institucional sudafricano de aplicación de la ley de competencia comprende tres órganos: la Comisión de Competencia, el Tribunal de Competencia y el Tribunal de Apelación en materia de Competencia.</p> <p>Entre las funciones de la Comisión de Competencia sudafricana, con arreglo al artículo 21 de la Ley de competencia (la ley), figuran la de investigar la conducta anticompetitiva en contravención del capítulo 2 de la ley; la evaluación de la influencia de las fusiones y adquisiciones sobre la competencia y la adopción de las medidas apropiadas; la vigilancia de los niveles de competencia y la transparencia del mercado en la economía; la detección de las trabas a la competencia; y la realización de una labor de promoción para combatir esas trabas.</p> <p>Según el artículo 27 de la ley, el Tribunal de Competencia sudafricano puede:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Entender en cualquier caso de presunta conducta prohibida por el capítulo 2, determinar si han tenido lugar o no actos prohibidos y, en caso afirmativo, imponer cualquier medida correctiva prevista en la presente ley; b) Resolver cualquier otro asunto que, de conformidad con lo dispuesto en la ley, pueda ser de su competencia y dictar cualquier orden según lo previsto en la presente ley; c) Entender en los recursos de apelación interpuestos por la Comisión de Competencia que puedan remitírsele en virtud de la presente ley; y
-----------	---

País

d) Dictar cualquier resolución u orden necesaria o incidental para el desempeño de sus funciones de conformidad con la presente ley.

Las decisiones del Tribunal de Competencia pueden apelarse ante el Tribunal de Apelación en materia de Competencia.

Chile

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es el organismo chileno de aplicación de la ley de competencia. La FNE investiga las infracciones de la ley de competencia y presenta casos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC o Tribunal de Competencia) u otros tribunales en calidad de demandante.

El TDLC es un tribunal independiente facultado para entender en asuntos de la competencia, con atribuciones decisorias, sujetas a la supervisión de la Corte Suprema de Justicia.

Modelo de organismo integrado

Unión Europea

La Comisión Europea está facultada para investigar y resolver prácticas potencialmente anticompetitivas y fusiones que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea. Véanse el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

China

El artículo 9 de la Ley antimonopolio de la República Popular China dispone que el Consejo de Estado establecerá una Comisión Antimonopolio, que estará encargada de organizar, coordinar y guiar la labor de lucha contra los monopolios y que la composición y el reglamento del Comité Antimonopolio los decidirá el Consejo de Estado.

Además, el artículo 10 estipula que el Organismo de Aplicación de la Ley Antimonopolio designado por el Consejo de Estado (en lo sucesivo, Organismo de Aplicación de la Ley Antimonopolio dependiente del Consejo de Estado) estará encargado de la labor de Aplicación de la Ley Antimonopolio. El Organismo de Aplicación de la Ley Antimonopolio dependiente del Consejo de Estado puede, según lo exija su labor, delegar facultades a los organismos homólogos de los gobiernos populares de las provincias, regiones autónomas y municipios que dependan directamente del gobierno central, para que se ocupen de la labor de aplicación de la ley antimonopolio con arreglo a la presente ley.

II. Composición del organismo, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento

11. El número de miembros del organismo varía según los países. En algunas legislaciones no es fijo y puede oscilar entre un mínimo y un máximo, como en Suiza⁷ y la India⁸, por ejemplo. Otros países señalan en su legislación el número exacto, por ejemplo, Argelia, la Argentina, el Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Côte d'Ivoire, la Federación de Rusia, Malta, México, Panamá, el Perú, Portugal y la República de Corea. En otros países como Australia, la decisión relativa al número de miembros incumbe al gobierno o al ministro responsable.

12. Los distintos países utilizan métodos diferentes de designación. En muchos países, la ley confía la designación del presidente y los miembros de la comisión a la máxima autoridad política (es decir, al presidente). En otros países, la ley dispone que se designe a un alto funcionario del gobierno para efectuar los nombramientos. En algunos países, como la India y Malta, es obligatorio publicar los nombramientos en el Diario Oficial, para conocimiento del público. En algunas leyes se establece la estructura interna y el funcionamiento del organismo, así como su reglamento, en tanto que en otras leyes se dejan esos detalles al propio organismo.

III. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas

13. Si se quiere que la aplicación de la ley de competencia tenga éxito es preciso reunir a una amplia gama de especialistas: juristas, economistas, expertos en administración pública y en organismos reguladores, así como expertos en determinadas industrias. En condiciones ideales, los miembros del organismo deberían poder demostrar colectivamente un alto nivel de especialización en esas esferas. En varias leyes se establecen las condiciones que deberá reunir cualquier persona para poder integrar el organismo. En el Brasil, por ejemplo, los miembros del Consejo de Protección Económica Administrativa son ciudadanos seleccionados por sus conocimientos jurídicos y económicos reconocidos y su reputación intachable⁹. En el Pakistán, los miembros de la Comisión de Competencia deben destacarse por su integridad, conocimientos, eminencia y experiencia de no menos de diez años en una esfera pertinente, por ejemplo, la industria, el comercio, la economía, las finanzas, el derecho, la contabilidad y la administración pública¹⁰.

14. En varios países, la legislación dispone que los intereses de esas personas no deben estar en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar. En la India, por ejemplo, los miembros del organismo no deben tener intereses financieros o de otra índole que puedan ir en detrimento de sus funciones. En Alemania los miembros no deben ser propietarios ni presidentes o miembros del consejo de administración o de vigilancia de ninguna empresa, de un cártel o de una asociación comercial, industrial o profesional. En Hungría, el presidente y los vicepresidentes del Consejo de la Competencia —al igual que sus miembros y funcionarios civiles— solo pueden desarrollar como actividades lucrativas las que tengan fines científicos, docentes, artísticos, creativos y de invención, así como

⁷ Según el artículo 18 2) de la Ley federal sobre cárteles y otras restricciones a la competencia, la Comisión de la Competencia tiene entre 11 y 15 miembros.

⁸ De acuerdo con lo estipulado en el artículo 8 2) de la Ley de competencia de 2002, la Comisión estará integrada por un presidente y un mínimo de dos o un máximo de diez miembros que designará el Gobierno central.

⁹ Artículo 4 de la Ley federal N° 8884, de 1994, sobre el Sistema de defensa de la competencia.

¹⁰ Artículo 14 I) 5 de la Ordenanza N° XVI de 2010.

actividades de revisión lingüística y editorial derivadas de relaciones contractuales y no pueden ocupar altos cargos en una empresa ni ser miembros de un consejo de vigilancia o de administración¹¹. En la normativa italiana y mexicana figuran disposiciones similares. En Chile los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica con contratos permanentes y a plazo fijo desempeñarán sus funciones con dedicación exclusiva. Estas funciones serán incompatibles con cualquier otra función de la administración estatal y los funcionarios no podrán prestar servicios como trabajadores dependientes o ejercer actividades como personas naturales o jurídicas que pudieran ser objeto de la acción de la Fiscalía Nacional Económica¹².

15. Algunos países designan a representantes de industrias o asociaciones (por ejemplo, asociaciones profesionales o comerciales) o grupos (grupos laborales o sindicatos) interesados para integrar el organismo. Esto tiene la ventaja de dotar al organismo de una experiencia directa de la industria pero, por otro lado, puede convertirse en instrumento para que esa industria ejerza una influencia indebida en la política de aplicación de la ley.

IV. Duración del mandato del presidente y demás miembros del organismo, por un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes

16. La duración del mandato de los miembros del organismo encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En la actualidad, el mandato de los miembros del organismo de México es de 10 años; en Italia, de 7 años; en Hungría, de 6 años; en Armenia e Indonesia, de 5 años; en la Argentina, de 4 años; en el Brasil, de 2 años; y en otros países, como Suiza, es de duración indefinida. En muchos países, los miembros pueden volver a ser designados aunque, a veces, solo por un mandato más.

V. Destitución de los miembros del organismo

17. La independencia administrativa exige que los miembros del organismo estén protegidos del despido por razones políticas. Por consiguiente, si un miembro del organismo cesa en sus funciones antes de vencer su mandato será, en general, solo por motivos justificados.

18. La legislación de varios países indica cuáles son las autoridades competentes para destituir de su cargo a un miembro del organismo encargado de la aplicación de la ley que haya realizado determinados actos o haya incurrido en inhabilitación para desempeñarlo. Por ejemplo, la incapacidad física es causa de destitución en el Japón, la República Unida de Tanzania, Serbia y Sudáfrica; la quiebra, en el Japón, Malawi, Malta y Singapur; y, en Australia, la ausencia del cargo durante un plazo determinado, salvo en caso de licencia. En México, solo pueden ser destituidos "por causa grave debidamente justificada" de incumplimiento de las obligaciones contraídas como miembro del organismo. Otra causa de destitución es una sanción disciplinaria o el despido justificado, por ejemplo, en Hungría¹³. El procedimiento para la destitución varía de un país a otro.

¹¹ Ley N° LVII de 1996 sobre prohibición de las prácticas comerciales injustas y restrictivas. Artículo 40 1).

¹² Artículo 38 del Decreto-ley N° 211 de 1973, enmendado por la Ley N° 20361, publicada en el *Diario Oficial* el 13 de julio de 2009.

¹³ Artículo 34/A de la Ley N° LVII de 1996 sobre prohibición de las prácticas comerciales desleales y restrictivas.

VI. Posible inmunidad penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo en el ejercicio de sus funciones

19. Para proteger a los miembros y funcionarios del organismo encargado de la aplicación de la ley contra todo proceso criminal o demanda civil se les puede conceder plena inmunidad en el desempeño de sus funciones. En el Pakistán, por ejemplo, el organismo o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de inmunidad frente a cualquier acción civil o penal u otro procedimiento legal por todo acto realizado de buena fe o toda intención de realizarlo al amparo de la ley sobre la competencia del Pakistán¹⁴.

20. Esta inmunidad no debe impedir que los ciudadanos o empresas afectados entablen demandas contra el propio organismo (y no sus miembros) por presuntas infracciones de la ley o abuso de autoridad.

VII. Nombramiento del personal necesario

21. El nombramiento del personal del organismo encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. En algunos países, el organismo designa su propio personal. En otros, esta atribución incumbe al gobierno. Como ya se dijo, la independencia administrativa exige que el organismo esté facultado para designar y contratar su personal. Por consiguiente, los países que ponen de relieve la independencia permiten que el organismo designe y contrate a su propio personal.

¹⁴ Artículo 46 de la Ordenanza N° XVI de 2010.