



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
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

Sanciones y recursos apropiados

Resumen ejecutivo

El derecho y la política de la competencia sólo lograrán sus objetivos y producirán los efectos deseados —en cuanto a la mejora del bienestar de los consumidores, al fomento de la competitividad y a la contribución al desarrollo económico— si se aplican de manera eficaz. En este contexto, el presente documento aborda la aplicación del derecho y la política de la competencia y, en particular, las sanciones y los recursos apropiados, así como el examen judicial de casos relacionados con la competencia. El documento ofrece una descripción general comparativa de la legislación en esta materia y de la práctica relacionada con su cumplimiento en los Estados miembros de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), y aborda expresamente las dificultades encontradas por los organismos de reciente creación que trabajan en el ámbito de la competencia, así como por los organismos de los países en desarrollo que se ocupan de esta materia. El documento propone una serie de estrategias dirigidas a superar esos obstáculos y sugiere algunos temas para su debate en la 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.

Sumario

	<i>Página</i>
Introducción	3
I. Sanciones y recursos apropiados	4
A. Sanciones	4
B. Recursos.....	11
C. Temas adicionales para el debate.....	15
II. Examen judicial de casos relacionados con la competencia.....	15
A. Diferentes sistemas de examen judicial de casos relacionados con la competencia	16
B. Dificultades encontradas en el examen judicial de casos relacionados con la competencia.....	20
C. Conclusión, incluidos temas y cuestiones para el debate.....	21

Introducción

1. En la actualidad existe una convicción generalizada de que el derecho y la política de la competencia constituyen un importante pilar para la prosperidad de una economía de mercado en la que la presión competitiva fomenta la eficiencia productiva y estimula la innovación de productos y procesos, algo fundamental para la competitividad internacional y el crecimiento económico. Además, el derecho y la política de la competencia se conciben como herramientas diseñadas para asegurar que los consumidores disfruten de los beneficios de la liberalización del comercio.

2. El creciente número de leyes nacionales y regionales en materia de competencia ilustra la dimensión mundial de esta convicción: cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas en 1980, el número de países que contaban con leyes en vigor en el ámbito de la competencia no llegaba a 20. Hoy en día, la cifra de países y organizaciones regionales que disponen de un régimen jurídico sobre esta materia supera los 100.

3. Sin embargo, el derecho y la política de la competencia solamente pueden producir los efectos deseados si se aplican de un modo eficaz. Una ley que sólo existe sobre el papel no tiene un gran valor. El cumplimiento efectivo del derecho de la competencia conlleva importantes desafíos para los autoridades de reciente creación competentes en este ámbito, debido a la insuficiencia de recursos, el nivel de especialización aún mejorable de su personal, la falta de apoyo político por parte de otros organismos gubernamentales y el desconocimiento generalizado del derecho y la política de la competencia por parte del mundo empresarial. En este contexto, el presente documento se dedica a la aplicación del derecho y la política de la competencia en el marco de la promoción del desarrollo económico. Más concretamente, el documento aborda dos aspectos relacionados con el cumplimiento del derecho en este campo: a) las sanciones y recursos apropiados, y b) el examen judicial de casos relacionados con la competencia.

4. Dado el objetivo y la naturaleza obligatoria de las leyes de la competencia, las sanciones y los recursos apropiados revisten una importancia especial. La salvaguardia de la competencia, objetivo fundamental de la mayoría de las leyes que regulan esta cuestión, requiere que las empresas cumplan las disposiciones obligatorias de naturaleza procesal o sustantiva. No obstante, la experiencia ha demostrado que las empresas solamente cumplirán las normas obligatorias si el incumplimiento por su parte produce o puede producir consecuencias negativas para ellas. En este sentido, la amenaza de sanciones representa un elemento crucial para alentar al cumplimiento del derecho de la competencia. Con respecto al principal objetivo de la mayoría de las leyes en este terreno, a saber, la protección del proceso competitivo, los recursos complementan a las sanciones, puesto que tienen la finalidad de salvaguardar o restablecer la competencia en los casos en que las empresas hayan distorsionado la competencia o estén a punto de hacerlo. El tema del establecimiento de las sanciones y de los recursos apropiados se tratará con mayor detalle en el capítulo I del presente documento.

5. Teniendo en cuenta la restricción de los derechos y de las libertades debida a las sentencias pronunciadas en las causas judiciales que afectan a la competencia, como la prohibición de ejecutar una propuesta de fusión o la imposición de una multa, el estado de derecho exige que las empresas afectadas tengan acceso a un examen judicial. Estos exámenes garantizan el cumplimiento del derecho por parte de las autoridades encargadas de la competencia independientes, y hacen a estos responsables de sus decisiones. Asimismo, contribuirán a mejorar las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia. Se espera que estas últimas analicen exhaustivamente los motivos por los que

el tribunal anuló una sentencia con el fin de evitar que ese mismo error pueda producirse en el futuro. Esta mayor calidad repercutirá positivamente en la reputación de la autoridad encargada de la competencia. El examen judicial se aborda en el capítulo II de este documento.

I. Sanciones y recursos apropiados

6. Como se ha mencionado anteriormente, las sanciones y los recursos son dos elementos complementarios de cara al logro del objetivo principal del derecho de la competencia, es decir, la protección del proceso competitivo. No obstante, su naturaleza y su funcionamiento son diferentes por naturaleza. En el capítulo XI de la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD, las sanciones persiguen disuadir las conductas ilícitas en el futuro, obligar a quienes violen la ley a devolver las ganancias obtenidas de forma ilegal y compensar a las víctimas. Su finalidad es castigar la conducta ilegal pasada y presente y disuadir del incumplimiento de la ley. La disuasión aspira a evitar la reincidencia de los autores y a servir de ejemplo para otros posibles delincuentes. Según varios estudios, el objetivo de la disuasión pesa más que el aspecto sancionador en el campo del derecho de la competencia. En cambio, los recursos que pretenden mantener o restaurar la competencia en el futuro no son de naturaleza sancionadora. Su principal ámbito de aplicación es el área del control de fusiones. Por lo general, las partes ofrecen recursos a una propuesta de fusión con el fin de eliminar los problemas relacionados con la competencia y obtener la autorización pertinente por parte de la autoridad competente en este ámbito. A diferencia de las sanciones, que se imponen de forma unilateral a quien viola el derecho de la competencia, los recursos suelen negociarse entre la parte afectada y la autoridad encargada de la competencia.

7. El análisis de la cuestión de las sanciones y los recursos apropiados no sólo requiere una evaluación de las sanciones y los recursos y de su aplicación en la práctica; también es preciso reflexionar sobre el significado del término "apropiado" en este contexto. La adecuación de las sanciones y de los recursos implica una decisión en la que prima la búsqueda del equilibrio. Los objetivos que persiguen dichas medidas deben evaluarse a la luz de las restricciones que imponen sobre los derechos y libertades. Entra en juego el principio de proporcionalidad.

A. Sanciones

1. Descripción general de los diferentes tipos de sanciones

8. Pueden aplicarse sanciones ante violaciones sustantivas del derecho de la competencia, así como ante el incumplimiento de las normas procesales. El presente documento se centra en el primer tipo. Las sanciones administrativas o económicas, como las multas, son las más comunes en los juicios interpuestos contra cárteles. Dichas sanciones pueden imponerse a los infractores individuales del derecho de la competencia, además de a las empresas en cuyo nombre actuaban aquellos. Este es, por ejemplo, el caso de Alemania, donde la responsabilidad de una empresa en virtud del derecho de la competencia emana de la determinación de una infracción de dicho derecho por parte de sus directivos o empleados. Otras leyes sobre la competencia establecen únicamente la posibilidad de multar a las empresas respectivas. Las multas que cobran las autoridades encargadas de la competencia suelen revertir al presupuesto general del Estado. Son pocos los países en los que dichas multas se incorporan al presupuesto de la autoridad encargada de la competencia. Junto a las multas, las sanciones administrativas pueden incluir también la prohibición de continuar ejerciendo un cargo de servicio público o la inclusión en una lista negra de las empresas involucradas en casos de manipulación de licitaciones de cara a futuros concursos públicos.

9. A diferencia de las sanciones administrativas, que pueden ser impuestas por la autoridad encargada de la competencia, los únicos que pueden tomar la decisión de aplicar sanciones civiles o penales son los tribunales. Mientras que las multas pueden ser de naturaleza administrativa, civil o penal, las penas de prisión son exclusivamente de este último tipo. Algunos países que han optado por un sistema de sanciones administrativas establecen sanciones penales en determinados casos relacionados con la competencia, por ejemplo, en caso de manipulación de licitaciones organizadas por las autoridades públicas.

10. Las sanciones administrativas, civiles y penales conforman la categoría de sanciones destinadas a hacer cumplir el derecho de la competencia. Esto significa que las autoridades públicas, como la autoridad encargada de la competencia o los tribunales, hacen cumplir las disposiciones del derecho de la competencia. Recientemente, la aplicación privada de la ley ha comenzado a desempeñar una función también en el ámbito del derecho de la competencia. La aplicación privada de la ley implica la posibilidad de que las personas presenten una demanda por daños ante un tribunal civil por violación del derecho de la competencia, es decir, fuera del procedimiento ejecutivo público. En el caso de las acciones judiciales iniciales, el demandante necesita demostrar la existencia de una violación del derecho de la competencia y los daños resultantes de dicha infracción, lo que en la práctica resulta muy complicado. Las acciones de seguimiento representan una forma más específica de aplicación privada de la ley, en la que el demandante basa la reclamación del daño en una sentencia pecuniaria pronunciada por la autoridad encargada de la competencia y sólo debe demostrar el daño sufrido. Además, algunos países permiten iniciar acciones judiciales de efecto colectivo, en virtud de las cuales un demandante puede interponer una acción de indemnización por daños y perjuicios en nombre de todo un colectivo de personas afectadas no identificadas. Aparte de las indemnizaciones por daños y perjuicios que se conceden solamente en un número reducido de países, estas formas de aplicación privada de la ley no cumplen los requisitos para ser consideradas como sanciones estrictamente hablando. No obstante, complementan el panorama relativo al cumplimiento del derecho de la competencia, por lo que procede mencionarlos en este contexto. El cuadro 1 ofrece una descripción sistemática de las diversas formas de sanciones previstas en una serie de leyes seleccionadas sobre la competencia.

Cuadro 1

Descripción general de diferentes tipos de sanciones previstas en una serie de sistemas jurídicos seleccionados en el ámbito de la competencia

<i>País/jurisdicción</i>	<i>Ejecución pública</i>							<i>Aplicación privada</i>
	<i>Civil</i>		<i>Administrativa</i>		<i>Penal</i>			
	<i>Multas</i>	<i>Otras</i>	<i>Multas</i>	<i>Otras</i>	<i>Multas</i>	<i>Encarcelamiento</i>	<i>Otras</i>	
Australia	X	X			X	X		Acciones judiciales individuales y de efecto colectivo
República de Corea			X	X	X	X		Acciones judiciales individuales
Japón			X	X	X	X		Acciones individuales de seguimiento tras sentencia de la Comisión de Comercio Justo del Japón
Indonesia			X	X	La Ley 5/1999 establece varios tipos de sanciones penales, que, sin embargo, no se aplican en la práctica			

País/jurisdicción	Ejecución pública							Aplicación privada
	Civil		Administrativa		Penal			
	Multas	Otras	Multas	Otras	Multas	Encarcelamiento	Otras	
Armenia			X	X	Limitadas a comportamientos que atenten gravemente contra la competencia			
Federación de Rusia			X	X				
Turquía			X	X				Acciones judiciales individuales
Sudáfrica			X	X	X	X		Acciones individuales de seguimiento tras sentencia de las autoridades encargadas de la competencia de Sudáfrica
Kenya				X	X	X		En teoría pueden iniciarse acciones individuales, pero esta posibilidad no se utiliza en la práctica
Zambia					X	X		
Egipto			X	X	X		X	
Túnez			X	X	X	X	X	Acciones judiciales individuales
Unión Europea			Limitada a las empresas/sin responsabilidad personal					La ejecución privada sólo es posible al nivel de Estado miembro
Francia			X	X	X	X		Acciones judiciales individuales
Reino Unido (de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)			X	X	X	X	X	Acciones judiciales individuales
Alemania			X	X	Limitada a la manipulación de licitaciones			Acciones judiciales individuales
Perú			X	X				
Brasil			X	X	X	X		Acciones judiciales individuales
Costa Rica			X	X				Pueden emprenderse acciones judiciales en el marco del derecho civil tras sentencia de la Comisión para la Promoción de la Competencia de Costa Rica
México			X	X	Limitadas a comportamientos que atenten gravemente contra la competencia			Acciones judiciales individuales (posibles desde el punto de vista jurídico, pero no practicadas hasta la fecha)

País/jurisdicción	Ejecución pública						Aplicación privada
	Civil		Administrativa		Penal		
	Multas	Otras	Multas	Otras	Multas	Encarcelamiento	
Estados Unidos de América	X	X		X	X	X	Acciones judiciales individuales y de efecto colectivo que permiten exigir el triple del valor monetario de los daños sufridos
Canadá			X	X	Limitado a la fijación de precios, la repartición del mercado o las restricciones a los productos		Acciones judiciales individuales y de efecto colectivo limitadas al daño real causado (sin indemnizaciones por daños)

2. ¿Cómo determinar la sanción adecuada?

11. A la hora de responder a la pregunta de cómo determinar la sanción adecuada, es preciso distinguir entre el nivel legislativo, es decir, la elección legislativa consistente en adoptar un determinado sistema de sanciones (administrativas frente a penales, medios de aplicación privada, etc.), y el nivel ejecutivo, es decir, la adopción de una sanción en un juicio concreto relacionado con la competencia.

a) La elección legislativa

12. Pese a que la mayoría de las leyes sobre la competencia establecen sanciones civiles o administrativas en los casos de comportamiento anticompetitivo, existe una determinada tendencia hacia la penalización. Tradicionalmente, sólo los Estados Unidos de América han impuesto sanciones penales con penas de privación de libertad a personas en los juicios por violación del derecho de la competencia, si bien algunos otros países contaban con disposiciones en vigor que lo permitían, aunque no las aplicasen. Actualmente otros países —como el Canadá, Israel, el Japón o el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte— imponen sanciones penales a las personas con el fin de luchar contra los cárteles intrínsecamente nocivos, y existe un vivo debate sobre esta cuestión. Los defensores de la aplicación de sanciones penales a las personas argumentan que las sanciones son notablemente más eficaces, dado el grado de disuasión que provocan las penas de privación de libertad. Ante la imposibilidad de aumentar el nivel actual de multas impuestas a empresas en jurisdicciones como los Estados Unidos de América y la Unión Europea (UE) sin provocar daños económicos, y teniendo en cuenta que las multas se trasladarían en última instancia a los consumidores, sería preciso establecer un grado mayor de disuasión a través de otros medios. Por consiguiente, la responsabilidad personal de los infractores debería desempeñar una función más importante. En este contexto se argumenta, además, que la imposición de sanciones pecuniarias a las personas físicas no lograría el grado de disuasión deseado, puesto que existe el riesgo de que las empresas se hagan cargo de las multas en nombre de sus empleados. Este riesgo podría mitigarse prohibiendo a la empresa dicho comportamiento¹. No obstante, son muchas las razones por las que un Estado puede optar por imponer sanciones penales en los casos de violación del derecho de la competencia. En primer lugar, puede no resultar adecuado establecer sanciones penales

¹ La Ley de enmienda de la Ley de la competencia de Sudáfrica de 2009 prohíbe a las empresas pagar de forma directa o indirecta cualquier multa impuesta a sus directivos o gerentes cuando éstos hayan sido condenados por un delito contra la legislación sobre la competencia, así como indemnizarlos por las multas de esta naturaleza que se les hubieran impuesto.

cuando un país promulga un derecho de la competencia. Con el fin de permitir a la comunidad empresarial familiarizarse con las nuevas obligaciones jurídicas, la ley siempre debería disponer un período transitorio. Además, la tipificación como delito de las violaciones del derecho de la competencia puede no ser coherente con las normas sociales y jurídicas vigentes en un país determinado. Además, los costos de las sanciones penales, en particular la privación de libertad, pueden resultar excesivamente elevados en comparación con los costos asociados a otros tipos de sanciones. Otra de las preocupaciones que se ha planteado en relación con las sanciones penales en los casos relacionados con la competencia se refiere a las mayores exigencias procesales que deben respetarse en los juicios por lo penal, por ejemplo, el establecimiento de normas probatorias más rigurosas. Lo anterior puede complicar la persecución de las violaciones del derecho de la competencia y reducir el número de juicios resueltos con éxito. Hay, por tanto, argumentos válidos para ambos planteamientos.

13. Es preciso señalar, no obstante, que cualquier sanción, con independencia de cuál sea su naturaleza, sólo producirá el efecto disuasorio deseado si la probabilidad de detectar y perseguir una conducta ilícita es suficientemente elevada, y si las multas impuestas a los infractores también son significativas. El marco jurídico debe permitir que la multa sea como mínimo igual a las ganancias financieras que se obtengan a través de la conducta contraria a la competencia. En este contexto, debe señalarse que los exámenes entre homólogos del derecho y la política de la competencia en los Estados miembros de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo han recomendado en repetidas ocasiones incrementar el nivel de las multas impuestas. En los países en los que existen problemas de corrupción, podría resultar beneficioso no conferir un alto grado de discrecionalidad a la autoridad encargada de la competencia con respecto al nivel de las multas impuestas, sino establecer estas por ley como un porcentaje fijo del volumen del mercado que se haya visto afectado por la conducta contraria al derecho de la competencia².

14. Aparte de la tendencia a la penalización, la aplicación privada de la ley también ha comenzado a desempeñar una función importante en varios sistemas jurídicos en el ámbito de la competencia. Los defensores del modelo de aplicación privada destacan que el principio de equidad requiere que sean los infractores de las leyes de la competencia, y no sus víctimas ni las empresas que cumplen las leyes, los que asuman los costos de su comportamiento. Asimismo, se contemplan mecanismos de compensación eficaces para las entidades privadas con el fin de incrementar la probabilidad de detectar y perseguir las conductas contrarias a la competencia. Por consiguiente, la justicia reformativa por su propia naturaleza también produciría efectos beneficiosos en términos de disuasión. Sin embargo, debe señalarse que la aplicación privada del derecho de la competencia solamente puede complementar, y nunca sustituir, los mecanismos de ejecución públicos. El principal problema que surge en el debate sobre la interacción entre los mecanismos públicos y privados de ejecución es la preocupación de si la aplicación privada tiene alguna consecuencia sobre la eficacia de los programas de clemencia. Se teme que estos programas pierdan su atractivo y, con ello, parte de su éxito, si quienes piden clemencia se ven confrontados a acciones de seguimiento masivas para reclamar indemnización por daños y perjuicios con base en las peticiones presentadas ante la autoridad encargada de la competencia y en la decisión de esta última. Esta cuestión se puede abordar en el marco legislativo si los solicitantes de clemencia no solamente se benefician de una reducción de las multas, sino también de una protección frente a las demandas de indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, también se ha argumentado que la persecución pública y las demandas privadas de indemnización por daños y perjuicios tienen objetivos diferentes, por lo que la clemencia pública no debería guardar relación alguna con las acciones

² El legislador de Armenia optó por este enfoque (artículo 36 de la Ley de la República de Armenia de protección de la competencia económica).

privadas. Además, en los países que cuentan con sistemas judiciales débiles, debe tenerse en cuenta también que las demandas privadas de indemnización por daños y perjuicios requieren un mayor grado de especialización técnica por parte de los jueces que se ocupan de esos casos. En particular, la evaluación de la cuantía de los daños resultantes de una conducta contraria a la competencia representa una tarea complicada que exige un profundo conocimiento en materia económica, además de la especialización en el campo jurídico.

b) *Determinación de la sanción adecuada en un caso concreto*

15. Dado que las multas (administrativas, civiles o penales) constituyen la forma más común que adoptan las sanciones por la conducta anticompetitiva, el presente apartado del documento se centra en la forma de determinar el nivel adecuado de multas en un caso concreto. Incluso las autoridades encargadas de la competencia experimentadas, como la Oficina Federal de Cárteles de Alemania, consideran la determinación del nivel adecuado de las multas como un ejercicio complejo. Como se ha mencionado anteriormente, se parte de la base de que, para tener realmente un efecto disuasorio, la multa debe ser como mínimo igual a las ganancias financieras resultantes de la conducta anticompetitiva. Las leyes de la mayoría de los países no prevén un importe fijo para las multas, sino únicamente una cuantía máxima³. Por tanto, la legislación confiere en esos casos un relativo grado de discrecionalidad a la autoridad encargada de la competencia para determinar el nivel adecuado de las multas, teniendo en cuenta las circunstancias presentes en cada caso. Varias autoridades encargadas de la competencia han adoptado una serie de directrices en las que se establece el método que deben seguir las autoridades a la hora de fijar la cuantía de las multas. Esas directrices persiguen los objetivos de la transparencia y la igualdad de trato. A menudo estas directrices toman como referencia el valor de la venta de los bienes o servicios relacionados de forma directa o indirecta con la infracción como punto de partida para determinar la multa adecuada. La presencia de factores agravantes, como la continuidad o la repetición de una infracción, o el hecho de desempeñar un papel importante en su materialización, pueden llevar a la imposición de una multa mayor. A su vez, la presencia de circunstancias atenuantes puede derivar en una reducción de la multa. Y lo que es más importante, la cooperación de un infractor del derecho de la competencia en el marco de un programa de clemencia justifica la reducción de la multa correspondiente. Además, las autoridades encargadas de la competencia pueden recompensar con una reducción de la multa a una empresa que esté dispuesta a llegar a un acuerdo en una causa abierta contra un cártel, puesto que dicho acuerdo contribuye a reducir la duración del procedimiento jurídico, con el consiguiente ahorro de recursos. Entre otros factores atenuantes pueden citarse la interrupción inmediata de una infracción tras la intervención de la autoridad encargada de la competencia o la violación negligente del derecho de la competencia, por oposición a un comportamiento doloso. En casos excepcionales, una autoridad encargada de la competencia puede tener en cuenta, asimismo, la incapacidad de una empresa para hacer frente al pago de la multa en un contexto económico y social específico, y reducir la multa en consecuencia o permitir modalidades de pago más moderadas. La imposición de una multa a una empresa hasta el punto de llevarla a la bancarrota y provocar así su salida del mercado iría contra el objetivo principal de las leyes sobre la competencia, que es proteger el proceso competitivo.

16. Con respecto a las dificultades que surgen a la hora de determinar las multas adecuadas, las autoridades encargadas de la competencia de reciente creación informan de que encuentran dificultades para recopilar pruebas suficientes que sustenten todos los aspectos pertinentes de este ejercicio, como, por ejemplo, la duración de un pacto contrario

³ Por ejemplo, de acuerdo con la legislación sobre la competencia de la UE, el importe final de una multa no excederá el 10% de la facturación total realizada durante el ejercicio económico anterior por la empresa o la asociación de empresas involucradas en la infracción.

a la competencia. En el caso de los grupos de empresas, puede ser complicado determinar cuál es la persona jurídica que tiene la responsabilidad última de la conducta anticompetitiva. En Suiza y en algunos otros países, esto influye en la cuantía máxima de las multas, que depende de la facturación a escala mundial de la entidad responsable de la violación del derecho de la competencia.

3. ¿Cómo hacer cumplir las sanciones eficazmente?

17. Las sanciones sólo podrán lograr el objetivo que persiguen si se hacen cumplir eficazmente. No obstante, las autoridades encargadas de la competencia de reciente creación, sobre todo las de los países en desarrollo, encuentran grandes dificultades para hacer cumplir sus sentencias. En primer lugar, en los casos de incumplimiento de las sanciones impuestas, algunas autoridades encargadas de la competencia no cuentan con las facultades legales para hacer cumplir las sentencias. Así sucede, por ejemplo, en Indonesia y Mauricio, donde las autoridades encargadas de la competencia deben recurrir a la intervención de los tribunales si una empresa no paga una multa. En una situación como la descrita, el funcionamiento del sistema judicial de un país también afecta a las perspectivas de la autoridad encargada de la competencia en materia de ejecución de las sentencias. Dicho de otro modo, un funcionamiento deficiente del sistema judicial general constituiría un impedimento para una ejecución eficaz del derecho de la competencia. El Perú, por ejemplo, ha señalado que la duración de los procesos judiciales, durante los cuales el juez puede ordenar la anulación de una sentencia, constituye un problema grave para una ejecución eficaz del derecho de la competencia. Kenya ha manifestado que su autoridad encargada de la competencia ni siquiera está facultada para adoptar una decisión vinculante en caso de una infracción del derecho de la competencia, ya que depende de la actuación del Ministerio competente. Incluso aunque se haya conferido a una autoridad encargada de la competencia el poder necesario para hacer cumplir sus sentencias, puede que en la práctica carezca de los conocimientos u otros recursos precisos para ello. También pueden surgir obstáculos debido a las incertidumbres jurídicas en cuanto al estatus de la autoridad encargada de la competencia. Por ejemplo, la Comisión de la Competencia del Pakistán se enfrenta a menudo a recursos en los que se cuestiona su legitimidad constitucional para tomar decisiones importantes. Las autoridades encargadas de la competencia regionales de reciente creación, como la Comisión de la Competencia de la Comunidad del Caribe, pueden enfrentarse a dificultades adicionales derivadas de la incertidumbre referente a sus competencias jurisdiccionales y al derecho aplicable (regional o nacional). Además, las autoridades encargadas de la competencia de los países en desarrollo pueden encontrar resistencia de carácter político a la hora de hacer cumplir las sanciones impuestas contra empresas multinacionales o contra entidades nacionales importantes. La amenaza que supone que una gran empresa salga del mercado o anuncie despidos puede tener un peso político suficiente para impedir la ejecución de las sanciones. Surge, por tanto, la cuestión de cómo hacer frente a estos desafíos. Las medidas de defensa de la competencia pueden encontrar obstáculos de orden político; cabe esperar que una mayor concienciación sobre los beneficios de la competencia dificulte la creación de grupos de presión por parte de los infractores del derecho que regula esta materia con el fin de evitar la ejecución de las sanciones impuestas contra ellos. El fomento del cumplimiento voluntario también puede desempeñar un papel fundamental. Las empresas pueden estar más dispuestas a cumplir las sanciones impuestas por una conducta contraria a la competencia si saben que el incumplimiento deteriorará su reputación.

B. Recursos

1. Descripción general de los diferentes tipos de recursos

18. Los recursos adoptados en materia de derecho de la competencia tienen por finalidad mantener o restaurar la competencia en el mercado. Esto incluye: a) los objetivos "micro", consistentes en poner fin a una infracción, compensar a las víctimas y resolver el problema particular de competencia, pero también b) el objetivo "macro" de establecer incentivos para reducir al mínimo la recurrencia de este tipo de conducta anticompetitiva.

19. Dependiendo del marco jurídico, las autoridades encargadas de la competencia pueden imponer recursos de forma unilateral o bien negociarlos con las partes afectadas a partir de una propuesta presentada por estas últimas (los denominados compromisos⁴). Es cierto que, en ocasiones, estos compromisos se consideran equivalentes a sanciones; sin embargo, teniendo en cuenta que su principal objetivo es restaurar la competencia que se ha visto distorsionada por una práctica contraria a la competencia, a efectos del presente documento los compromisos se clasifican como recursos.

20. Los recursos suelen clasificarse convencionalmente como estructurales o conductuales. En términos generales, los recursos estructurales son recursos que se aplican por una sola vez y cuya finalidad es restablecer la estructura competitiva del mercado. Por su parte, los recursos conductuales suelen ser más duraderos en el tiempo y están diseñados para modificar o limitar el comportamiento de las empresas (en determinadas jurisdicciones, este tipo de recursos se denominan también "recursos de comportamiento"). La clasificación de algunos recursos, como los que se refieren al acceso a los derechos de propiedad intelectual, resulta particularmente difícil sobre esta base. Un paquete eficaz de recursos puede contener tanto recursos estructurales como conductuales.

2. Recursos estructurales

21. Estos recursos exigen a las empresas deshacerse de sus carteras de activos. En este sentido, la desinversión supone la reestructuración de la entidad afectada en dos o más empresas, o provoca la venta de parte de sus activos a otra compañía. Por lo general, este tipo de recursos está considerado como el más drástico que puede aplicarse. Estos recursos también tienen la virtud de ser capaces de eliminar rápidamente poder de mercado, al tiempo que crean nuevos competidores o refuerzan a los existentes. Además, requieren un grado menor de supervisión por parte de los tribunales y organismos que otros recursos. Por otro lado, algunos recursos estructurales pueden ser en un primer momento más perjudiciales para la empresa demandada que otros tipos de recursos, y en ocasiones generan ineficiencias inmediatas.

22. A los efectos del presente documento, el establecimiento de licencias obligatorias también se considera un recurso estructural, dada su capacidad para alterar la estructura del mercado mediante la introducción de nuevos competidores. En determinados aspectos, el establecimiento de licencias obligatorias representa una herramienta atractiva para los organismos reguladores de la competencia, en particular cuando se enfrentan a una empresa dominante.

3. Recursos conductuales

23. Los recursos conductuales (también llamados "recursos de comportamiento") obligan a una empresa a hacer o dejar de hacer algo. Este tipo de recurso requiere que el infractor del derecho de la competencia interrumpa el comportamiento ilícito. Estos recursos sirven directamente al objetivo de ejecución del derecho de la competencia

⁴ Por ejemplo, el derecho australiano de la competencia utiliza el término "compromiso" en ese sentido.

consistente en poner fin a la conducta anticompetitiva que motivó la incoación del juicio. En ocasiones puede bastar con restablecer el nivel de competencia que existía en el mercado antes de cometerse la infracción, aunque esto no siempre es así. Los recursos conductuales que imponen una obligación afirmativa de adoptar determinadas medidas contra el infractor del derecho de la competencia podrían, por ejemplo, adoptar la forma de un requisito de vender sus productos bajo el principio de no discriminación. Es importante que las autoridades encargadas de la competencia estén facultadas para adoptar recursos de acción afirmativa, puesto que en algunos casos la simple interrupción de la conducta ilícita puede resultar insuficiente para restablecer la competencia en el mercado afectado, o bien puede que una desinversión no sea una medida adecuada o viable por cualquier motivo.

24. Además, los recursos conductuales presentan la ventaja de que normalmente se pueden adaptar a las características de las empresas y a las circunstancias del mercado con el fin de lograr los resultados deseados. Este rasgo las distingue de las desinversiones, que a menudo no se pueden adaptar tan fácilmente a cada situación y que, por tanto, tienden a ejercer un efecto más contundente sobre las empresas y los mercados.

4. ¿Cómo determinar el recurso adecuado?

25. El diseño de los recursos adecuados requiere una identificación clara del problema relacionado con el derecho de la competencia que se intentará solucionar mediante la aplicación de dicho recurso. A continuación se ofrecen algunas sugerencias de carácter general que pueden ayudar a los organismos a diseñar y aplicar recursos eficaces. En primer lugar, al comienzo del proceso de investigación resulta útil dedicar tiempo a definir los objetivos del recurso y a desarrollar un plan para alcanzar dichos objetivos. De lo contrario, los organismos podrían terminar gastando los recursos necesarios para ganar el juicio sólo para descubrir que no han prestado suficiente atención a las cuestiones fundamentales: qué características tendría un recurso eficaz y cómo podría aplicarse. En segundo lugar, también resulta extremadamente útil contar con un conocimiento profundo del sector afectado por el problema y de su evolución probable bajo los diferentes escenarios de aplicación de recursos. Otras propuestas útiles pueden consistir en introducir ajustes en el caso de que los infractores del derecho de la competencia tengan un historial previo de infracciones, anticipar la respuesta estratégica de los infractores ante un recurso, identificar y tratar de reducir al mínimo los efectos colaterales negativos y elaborar un marco para la aplicación práctica del recurso. Por último, las autoridades y los organismos encargados de velar por la competencia deberían tener presente que los recursos no son herramientas de planificación industrial y que, por lo general, no resultan apropiados para lograr objetivos más amplios que la respuesta a los daños causados a la competencia.

a) Recursos en casos de fusiones

26. Al evaluar los recursos que pueden aplicarse en casos de fusiones, las autoridades encargadas de la competencia aspiran a restablecer o a mantener la competencia permitiendo, al mismo tiempo, la consecución de un nivel importante de eficiencia y de otras ventajas derivadas de la fusión. Para lograr ese objetivo, deben evaluarse los posibles recursos con respecto a su eficacia, por ejemplo entrevistando a los actores que operan en el mercado afectado. Un amplio número de jurisdicciones prefiere los recursos estructurales frente a los conductuales en los casos de fusiones, debido a que no requieren un seguimiento permanente. Teniendo en cuenta que las partes involucradas en una propuesta de fusión son fundamentalmente responsables de dar forma a dicha transacción, es aconsejable que las autoridades encargadas de la competencia deleguen en las partes el diseño de un recurso apropiado, siempre de acuerdo con la autoridad encargada de la competencia.

27. En el Japón, por ejemplo, son numerosas las ocasiones en las que las partes celebran voluntariamente consultas con la Comisión de Comercio Justo del Japón antes de enviar cualesquiera notificaciones previas. Durante esta fase de consultas previas, la Comisión de Comercio Justo del Japón lleva a cabo inspecciones y, en caso de llegar a la conclusión de que una determinada operación es problemática, traslada a las partes sus preocupaciones en relación con la competencia. A continuación las partes proponen voluntariamente un recurso, cuya eficacia evalúa la citada Comisión. Gracias a este procedimiento, la Comisión de Comercio Justo del Japón rara vez impone recursos formales en los casos de fusiones y adquisiciones (orden de cese de toda actividad u operación).

28. Al seleccionar un recurso en un caso de fusión, la Comisión de la Competencia de Mauricio examinará la eficacia, la oportunidad y la proporcionalidad de los costos de aplicación del recurso en comparación con los recursos que se espera obtener de él. En consecuencia, los recursos deben dar respuesta específicamente al problema identificado en relación con la competencia y causado por la propuesta de fusión. La Comisión de la Competencia de Mauricio no puede aceptar como recurso la oferta de una empresa de adoptar determinadas medidas en un mercado (en beneficio de los consumidores) para compensar la pérdida de competencia causada en otro mercado. Puede ser adecuado que la Comisión de la Competencia de Mauricio aplique un recurso temporal dirigido a mitigar los efectos de las fusiones que deterioran la competencia si vaticina que esta mejorará con el tiempo (ya sea debido a tendencias preexistentes y a la evolución prevista, o a otros recursos incluidos en el mismo paquete). Las ventas vinculadas o agrupadas, por ejemplo, podrían prohibirse tras una fusión vertical hasta que se desarrolle un grado suficiente de competencia en el mercado en el que la empresa ejerce su poder.

29. Además, la imposición de recursos puede no tener efecto alguno si los costos de los recursos son desproporcionados con respecto a los beneficios que cabe esperar de ellos. Por tanto, la Comisión de la Competencia de Mauricio examinará la proporcionalidad de los costos de cualquier recurso que imponga con respecto a los beneficios que espere obtener mediante la aplicación de dicho recurso.

b) *Recursos contra comportamientos anticompetitivos*

30. A diferencia de lo que ocurre en los casos de fusiones, los recursos conductuales suelen preferirse a los estructurales para afrontar el abuso de una posición dominante o los efectos de los pactos contrarios a la competencia. En primer lugar, podrían utilizarse los órdenes de cese de toda actividad u operación para poner fin a un comportamiento anticompetitivo. Podría ordenarse a los miembros de un cártel, por ejemplo, que abandonaran sus acuerdos de fijación de precios, o podría exigirse a una empresa dominante que suspenda la práctica de la venta agrupada de determinados productos. En algunas situaciones, sin embargo, la conducta de estas empresas puede haber causado ya un deterioro del entorno competitivo, de modo que puede ser necesario adoptar medidas adicionales con el fin de restablecer la competencia. Tales medidas pueden incluir, entre otras, la modificación de las estructuras de precios, el establecimiento de sistemas de descuentos, la introducción de cambios en las condiciones comerciales, la concesión de acceso a la infraestructura o a la propiedad intelectual, etc.

31. En determinadas jurisdicciones, los recursos estructurales se consideran como la *ultima ratio* para responder a las empresas dominantes que abusan severamente de su poder de mercado. En el juicio estadounidense contra Microsoft⁵, por ejemplo, el tribunal de distrito de Columbia ordenó la separación de Microsoft en varias empresas diferentes. Sin embargo, este recurso no se confirmó en el proceso de apelación subsiguiente.

⁵ *Estados Unidos c. Microsoft Corp.*, 87 F. Sup. 2d 30 (tribunal de distrito de Columbia, 2000).

5. Retos a los que se enfrentan el diseño y la ejecución de los recursos

32. El diseño y la aplicación de un recurso eficaz representan una tarea compleja para las autoridades encargadas de la competencia. Las dificultades pueden deberse a factores diversos, como el marco jurídico en el que opera dicha autoridad, la realidad del mercado en el que se aplicará el recurso o las capacidades de evaluación jurídica y económica por parte de la propia autoridad encargada de la competencia.

33. Con respecto a los desafíos que surgen del marco jurídico aplicable, la autoridad encargada de la competencia de Zambia informa de que la Ley de la competencia de aquel país no establece claramente qué recursos podrían aplicarse en caso de violación de esa ley. Por consiguiente, se recurre a la interpretación de la sección de la Ley de la competencia de Zambia que estipula que la Comisión podrá dar órdenes o directrices y podrá requerir la aplicación de recursos en los casos en los que la ley no prevea una sanción para una infracción determinada. La Comisión, por tanto, se ha basado en esa sección a la hora de aplicar recursos en forma de órdenes de cese de toda actividad u operación, órdenes de reembolso o sustitución en el caso de la venta de productos defectuosos, o la imposición de condiciones a determinadas fusiones autorizadas.

34. En cuanto a las dificultades relativas a las condiciones del mercado en el que el recurso debe producir los efectos deseados, es preciso mencionar, en primer lugar, que en una serie de países en desarrollo el tamaño del mercado y el número de actores presentes en dicho mercado están limitados en determinada medida. Puede resultar difícil, por tanto, encontrar un comprador adecuado en el caso de un recurso estructural consistente en una desinversión. En este contexto, la autoridad encargada de la competencia de Kenya señala que la posible falta de compradores adecuados de los activos de una empresa puede provocar una reducción del precio de los activos en cuestión y, por consiguiente, en una pérdida económica para las partes implicadas en la fusión. Además, de acuerdo con el punto de vista de la autoridad encargada de la competencia de Kenya, los recursos drásticos también pueden deteriorar el clima de las inversiones extranjeras. Otro desafío al que se enfrentan los países que cuentan con regímenes jurídicos de reciente creación en el ámbito de la competencia surge del hecho de que, con frecuencia, la comunidad empresarial todavía no es consciente de las obligaciones introducidas en virtud del nuevo derecho de la competencia. Sin una cultura ampliamente extendida en este campo, las empresas están menos dispuestas a cumplir los recursos planteados por la autoridad encargada de la competencia. Se propone que los programas de defensa de la competencia aborden esta cuestión.

35. No obstante, las dificultades para diseñar y aplicar recursos eficaces también pueden guardar relación con factores internos de la propia autoridad encargada de la competencia. Esto no se debe únicamente al hecho de que las autoridades encargadas de la competencia pueden carecer de los recursos y de la experiencia necesarios para diseñar un recurso eficaz (como ha indicado Burkina Faso), sino también a que la naturaleza del diseño y la ejecución de los recursos presenta un alto grado de complejidad, puesto que se basa en un pronóstico sobre el desarrollo futuro de la estructura competitiva en el mercado afectado. Según la experiencia de la Oficina Federal de Cárteles de Alemania, la formulación de las órdenes de cese de toda actividad u operación ha resultado particularmente complicada en los casos en que es necesario combinarlas con la obligación de conceder el acceso de un competidor (por ejemplo, en los casos de recursos esenciales). En los procesos de fusión pueden surgir dificultades específicas en cuanto al diseño de las condiciones y/u obligaciones apropiadas. Por ejemplo, las condiciones para autorizar una fusión pueden formularse generalmente como condiciones previas a la fusión o bien como condiciones posteriores a esta. En ambos escenarios puede ser necesario establecer normas detalladas, por ejemplo en lo referente a las disposiciones de separación de las carteras de activos, el nombramiento de los miembros del consejo de administración, etc. Si se autoriza una fusión sujeta al cumplimiento de una condición ulterior, pueden surgir problemas específicos en caso de no

cumplirse las condiciones estipuladas si, para cumplirlas, la empresa afectada tuviera que vender determinados activos adquiridos en el curso de la operación.

C. Temas adicionales para el debate

36. Dada la amplia variedad de aspectos que incluye el tema "sanciones y recursos apropiados", es posible que los delegados deseen concentrar sus deliberaciones en las cuestiones siguientes:

- a) ¿Cómo determinar el nivel adecuado de multas?
- b) ¿Son las sanciones penales una herramienta adecuada para hacer cumplir del derecho de la competencia en los regímenes jurídicos de reciente creación y en los países en desarrollo?
- c) ¿Cómo se puede garantizar el cumplimiento de la ley mediante recursos y sanciones en los casos relacionados con la competencia?

II. Examen judicial de casos relacionados con la competencia

37. Las sentencias deficientes dictadas en los casos relacionados con la competencia pueden violar los derechos de las personas a las que se dirigen dichas sentencias, así como los derechos de terceros. Desde un punto de vista más general, también pueden ser perjudiciales para la actividad económica de un país determinado. Por consiguiente, un modelo moderno de ejecución del derecho de la competencia requiere la existencia de mecanismos que garanticen la legalidad y la equidad de las sentencias dictadas por los organismos reguladores de la competencia. Los destinatarios de una sentencia en este ámbito (e incluso los terceros afectados, en su caso) deben tener la posibilidad de apelar la sentencia si creen que esta viola sus derechos. Tales mecanismos se conocen con el nombre de "examen judicial".

38. El examen judicial es un requisito del respeto de las garantías procesales y del estado de derecho, que somete el poder ejecutivo y, en alguna medida, incluso el legislativo al control de la autoridad judicial. Ello implica que las decisiones adoptadas por las entidades públicas, los departamentos gubernamentales, los reguladores sectoriales o los organismos administrativos pueden ser cuestionadas si la entidad pública en cuestión ha actuado de forma ilícita. Se trata del reflejo de la separación de poderes entre el poder ejecutivo y el judicial. En este contexto debe señalarse, no obstante, que en los sistemas de derecho común también se lleva a cabo el examen judicial de los casos relacionados con la competencia, en los que el que toma la decisión es un tribunal, y no un organismo administrativo del ámbito de la competencia, por lo que la sentencia es de naturaleza judicial.

39. El propio examen judicial está sujeto a los requisitos relacionados con el respeto de las garantías procesales, lo que implica que todas las decisiones administrativas y judiciales deben tomarse con criterios de justicia y respetando los derechos procesales de las partes afectadas. Lo anterior significa que el tribunal que examina la sentencia apelada debe escuchar a las dos partes involucradas en la apelación. Asimismo, la sentencia del tribunal debe dictarse por escrito y establecer los argumentos que llevaron al tribunal a su adopción, con el fin de permitir a las partes comprender el razonamiento judicial.

40. El examen judicial genera, además, un poderoso incentivo de desempeño para las autoridades encargadas de la competencia. La amenaza que supone el cuestionamiento y la posible anulación de una sentencia deficiente ante un tribunal debería incentivar a la autoridad encargada de la competencia a desempeñar su trabajo con la diligencia debida y a fundamentar sus decisiones en una evaluación económica y jurídica exhaustiva. Con el

tiempo cabe esperar que esto se traduzca en la promulgación de sentencias de mayor calidad sobre la competencia, lo que también contribuirá a que la autoridad encargada de la competencia pueda forjarse una reputación positiva.

41. Esta parte del documento ofrece, en primer lugar, una descripción general de los diversos sistemas de examen judicial para los casos relacionados con la competencia. A continuación aborda una serie de problemas a los que se enfrentan especialmente las autoridades y organismos de reciente creación encargados de la competencia de los países en desarrollo. El documento no analiza aquellos casos en los que los tribunales intervienen en el contexto más amplio de los casos relacionados con la competencia pero que no se pueden calificar de examen judicial. Por ejemplo, no se trata en el documento la función de los tribunales en los procesos judiciales civiles por daños causados por una conducta anticompetitiva, ni las posibilidades que pueden existir para iniciar un proceso judicial por daños derivados del incumplimiento de la legislación por parte de las autoridades encargadas de la competencia.

A. Diferentes sistemas de examen judicial de los casos relacionados con la competencia

42. Al igual que el organismo responsable de llevar a cabo las investigaciones y de adoptar las decisiones iniciales en los casos relacionados con la competencia varía de un país a otro⁶, las características de los sistemas de examen judicial también son muy diferentes según los países. Las diferencias se refieren principalmente al tribunal que está a cargo del examen judicial y a las normas de examen que aplica.

1. Diferentes tipos de tribunales a cargo del examen judicial en los casos relacionados con la competencia

43. Si el destinatario de una sentencia dictada en un juicio relacionado con un caso de competencia cree que tal sentencia ha violado sus derechos, puede recurrirla en el plazo estipulado por la ley. Dependiendo del sistema jurídico de que se trate, las apelaciones de sentencias en casos relacionados con la competencia pueden presentarse ante los tribunales administrativos o judiciales o directamente ante el Tribunal Supremo del país en cuestión. Además, cabe la posibilidad de crear tribunales administrativos especializados. El cuadro 2 ilustra los diversos enfoques.

Cuadro 2

Descripción general de los diferentes tipos de entidades responsables del examen judicial en los casos relacionados con la competencia (primera instancia de apelación)

<i>Tribunales administrativos</i>	<i>Tribunales judiciales</i>	<i>Tribunales especializados en el ámbito de la competencia</i>	<i>Tribunal de última instancia</i>
Colombia	Alemania	Australia ^c	Bulgaria
Croacia	Argelia	Austria	Chipre

⁶ Se observa que lo más frecuente es que el organismo encargado de hacer cumplir las disposiciones del derecho de la competencia sea una autoridad independiente. Sin embargo, en algunos países, los ministerios cuentan con departamentos especializados para la realización de esta tarea, al tiempo que en una serie de países que aplican el *common law*, la responsabilidad de adoptar las decisiones iniciales en los juicios de casos relacionados con la competencia recae sobre los tribunales (ya sean generalistas o especializados).

<i>Tribunales administrativos</i>	<i>Tribunales judiciales</i>	<i>Tribunales especializados en el ámbito de la competencia</i>	<i>Tribunal de última instancia</i>
Eslovenia	Australia ^a	Canadá	Francia ^d
Estonia	Bélgica	Dinamarca	Turquía
Grecia	Brasil	El Salvador	
Italia	Côte d'Ivoire	Finlandia	
Letonia	Eslovaquia	India	
Suiza	Francia ^b	Kenya	
Túnez	Malta	Perú	
Venezuela (República Bolivariana de)	Países Bajos	Polonia	
	Panamá	Portugal	
	Rumania	Reino Unido (de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)	
		República Checa	

Fuentes: Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD (2007); *Antitrust Encyclopedia in Concurrences*, http://www.concurrences.com/nr_adv_search.php3, respuestas de los Estados miembros al cuestionario de la UNCTAD.

^a Para la apelación de sentencias relativas a la conducta anticompetitiva.

^b En Francia, el examen judicial de los casos de cártel y abuso de dominio de mercado entran dentro de la jurisdicción de la *Cour d'Appel* (Tribunal de Apelación) de París.

^c Para la apelación de sentencias relativas a casos de fusiones.

^d En Francia, el examen judicial de los casos de fusiones es competencia del *Conseil d'Etat* (Consejo de Estado) (véase http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296).

44. La mayoría de las jurisdicciones permiten, además, que la parte que resulta perdedora en el proceso de apelación recurra la correspondiente sentencia. Esto significa que el examen judicial no termina en el nivel de apelación, sino que puede incluir una instancia superior que controla el trabajo del tribunal a cargo de la apelación; por lo general, dicha instancia superior es el Tribunal Supremo o el tribunal administrativo de mayor rango de un país.

2. Norma de examen

45. El grado de examen aplicado en el proceso de apelación se denomina "norma de examen" y varía considerablemente según los diversos sistemas jurídicos que regulan la competencia. Así, puede consistir desde una prueba marginal de examen limitada a aspectos procesales y a los errores jurídicos manifiestos que contiene una sentencia hasta un examen profundo que evalúe el fondo del litigio.

46. Cabe distinguir cuatro niveles de intensidad del examen judicial: de acuerdo con la norma de examen más baja, el tribunal evalúa únicamente los errores manifiestos en la aplicación de la ley y anula las sentencias que son manifiestamente erróneas (equivalente al *recours pour excès de pouvoir* existente en Francia). Bajo esta norma, el tribunal analiza, por ejemplo, si la autoridad ha actuado en el marco de su jurisdicción y si ha respetado los principios básicos de la equidad procesal, por ejemplo, si ha dado a las personas implicadas

la oportunidad de ser escuchadas antes de adoptar cualquier medida contra ellas. El segundo nivel de examen comprende la evaluación de la legalidad de las decisiones adoptadas, lo que incluye una evaluación del respeto de las exigencias procesales. En este nivel de examen, el tribunal debe valorar si la autoridad encargada de la competencia interpretó correctamente la ley. En el tercer nivel, el tribunal puede proceder a un examen exhaustivo del fondo del litigio, analizando todos los hechos pertinentes, además de la correcta aplicación de la ley a los hechos. Esta norma va más allá del control de la legalidad, puesto que el tribunal debe evaluar también las pruebas fácticas que fundamentó la sentencia dictada en el ámbito de la competencia. Por último, la norma de examen más intensa permite al tribunal estudiar el caso en su totalidad y sustituir la evaluación realizada por la autoridad encargada de la competencia por su propio análisis. Este examen se conoce también como análisis *de novo*.

47. Se ha citado a Chipre como ejemplo de país que cuenta con un sistema de derecho de la competencia que cuenta con una norma de examen limitada. El Tribunal Supremo de Chipre, que es la instancia que se hace cargo de las apelaciones en los casos relacionados con la competencia, se limita a examinar la legalidad del acto, y no puede entrar a evaluar el fondo de la sentencia examinada ni sustituir la sentencia de la autoridad encargada de la competencia por la suya propia.

48. La norma de examen aplicada por los tribunales europeos en los casos relacionados con la competencia se ha ido perfeccionando con el tiempo por la vía de la jurisprudencia. El artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 230 del Tratado CE) dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinará la legalidad de los actos de la Comisión Europea. Se dice que este tipo de acción se basó inicialmente en el *recours pour excès de pouvoir* del *Conseil d'Etat* francés, lo que implicaría una norma de examen de tipo marginal. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales europeos, el examen judicial de los casos relacionados con la competencia debe evaluar, en primer lugar, si las pruebas en las que la Comisión Europea basó su decisión son sólidas, fiables y coherentes desde el punto de vista fáctico. En segundo lugar, los tribunales deben analizar si dichas pruebas contienen toda la información que debe tenerse en cuenta para evaluar una situación compleja y, en tercer lugar, si son capaces de sustentar las conclusiones que se extraen de ellas. Por otra parte, los tribunales europeos respetan el margen de discrecionalidad de que disfruta la Comisión Europea en el terreno del derecho de la competencia, especialmente con respecto a la evaluación de la naturaleza económica⁷. Este enfoque, que distingue entre el establecimiento del sustrato fáctico y la evaluación discrecional que se realiza a partir de aquel, incluido el análisis de datos económicos, puede encontrarse en muchos de los juicios tramitados por los tribunales europeos⁸. En este contexto, es preciso señalar que la norma de examen aplicada al nivel de la multa impuesta es más intensa. De acuerdo con la disposición establecida al efecto, los tribunales europeos tienen competencia ilimitada para examinar las sentencias en virtud de las cuales la Comisión haya impuesto una multa o dispuesto un pago periódico en concepto de sanción. Así, los tribunales pueden anular, minorar o incrementar la multa o el pago periódico impuestos en concepto de sanción⁹.

49. Bélgica y los Países Bajos se encuentran entre los ejemplos de países que cuentan con sistemas de derecho de la competencia en los que la norma de examen aplicable implica una revisión del fondo de la sentencia apelada. En Bélgica, el Tribunal de Apelación de Bruselas, que tiene jurisdicción exclusiva sobre las apelaciones de sentencias

⁷ Tribunal de Justicia Europeo, Caso C-12/03 P Comisión/Tetra Laval Rec. I-987.

⁸ Tribunal de Justicia Europeo, Caso 42/84 Remia [1985] Rec. 2545; Tribunal de Primera Instancia, Caso T-210/01 General Electric Company/Comisión [2005] Rec. II-5575.

⁹ Reglamento del Consejo (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (artículo 31).

de juicios relacionados con casos relacionados con la competencia, examina tanto los hechos como el derecho. En los Países Bajos, el Tribunal de Distrito de Rotterdam, que es el encargado de examinar las sentencias dictadas por la autoridad holandesa de la competencia (el NMa), aplica un intenso grado de examen para las sentencias basadas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado CE). Además, el tribunal puede sustituir la sentencia del NMa por su propio juicio. En Túnez, el Tribunal Administrativo, que lleva a cabo el examen judicial en los casos relacionados con la competencia, disfruta de poderes incluso más amplios. Además de modificar la sentencia inicial sobre la base de argumentos fácticos y jurídicos, el Tribunal Administrativo puede escuchar a nuevos testigos y está facultado incluso para establecer infracciones totalmente nuevas del derecho de la competencia que puedan demostrarse como resultado de una investigación del caso.

50. Un aspecto particular de la norma de examen guarda relación con la admisibilidad de nuevas pruebas en el proceso de apelación. La cuestión surge cuando la norma de examen permite al organismo examinador evaluar la base fáctica de la sentencia formulada en el juicio de un caso relacionado con la competencia, además de los aspectos puramente jurídicos de dicha sentencia. A partir de las respuestas de los Estados miembros al cuestionario de la UNCTAD, se observa que varios países aceptan nuevas pruebas en el proceso de apelación de sentencias en este ámbito, si bien en algunos casos lo hacen en condiciones específicas. En Croacia, el Tribunal Administrativo acepta nuevas pruebas relacionadas con los hechos presentados durante el proceso judicial inicial. Sin embargo, no se aceptan pruebas que guarden relación con hechos nuevos. En Alemania y Suiza se aceptan nuevas pruebas en la fase de apelación, sin limitación alguna.

3. Efecto suspensivo

51. Durante el examen judicial surge la cuestión de si la aplicación de la sentencia apelada queda o no en suspenso hasta que concluya el examen de dicha sentencia. Se observan diferentes prácticas al respecto. En el caso de Suiza, la aplicación de la sentencia se suspende en la instancia del Tribunal Administrativo Federal (instancia de apelación); sin embargo, el juez puede adoptar medidas provisionales. Las decisiones del Tribunal Administrativo Federal en asuntos relacionados con la competencia pueden apelarse ante el Tribunal Federal (Tribunal Supremo de Suiza). Las apelaciones realizadas ante el Tribunal Administrativo no tienen efectos suspensivos.

52. En los Países Bajos las sentencias del NMa que imponen multas quedan suspendidas durante la fase de apelación. (Sin embargo, debe efectuarse el pago en el plazo de 13 semanas a contar desde la publicación de la multa. Durante la fase de apelación, el NMa no exige el pago, pero, en virtud de una interpretación del Tribunal Supremo, puede reclamar los intereses si este se efectúa una vez vencido el plazo de 13 semanas).

53. En el caso de la UE no hay efecto suspensivo, salvo cuando se trata de multas cuyo pago puede suspenderse si se aporta un aval bancario por el importe íntegro de la multa y los intereses. En el Brasil, la suspensión del pago de la multa durante el proceso de examen requiere que la empresa sobre la que se haya impuesto la multa bloquee el importe íntegro de esta en una cuenta bancaria especificada a tal fin.

4. Diferentes tipos de sentencias

54. Una vez que el tribunal ha evaluado la apelación, suele pronunciar una de las sentencias siguientes: confirmación de la sentencia, anulación (total o parcial), adopción de una nueva sentencia o devolución de la sentencia a la autoridad encargada de la competencia para que proceda a un nuevo examen.

B. Dificultades encontradas en el examen judicial de los casos relacionados con la competencia

55. El examen judicial constituye un elemento esencial para garantizar una alta calidad de las decisiones adoptadas por las autoridades encargadas de la competencia y para asegurar la confianza en el sistema. Sin embargo, los países en desarrollo a menudo encuentran dificultades para aplicar un sistema eficaz de examen judicial en los casos relacionados con la competencia.

56. Algunas de esas dificultades emanan del estado general del sistema judicial. Si los casos relacionados con la competencia entran dentro de la jurisdicción de los tribunales generales de un país, cualquier problema que afecte al sistema judicial en general, como un número insuficiente de jueces para hacer frente al volumen real de casos, afectará también al número de apelaciones de sentencias relativas a casos relacionados con la competencia.

57. Otros obstáculos se refieren a la naturaleza específica del caso de que se trate, que a menudo es muy compleja y requiere tanto una profunda especialización en el ámbito jurídico como unos sólidos conocimientos de economía. Por tanto, no es sorprendente que una serie de Estados miembros señalase que una de las dificultades encontradas era el insuficiente número de jueces que contasen con la cualificación adecuada. Además, en muchos países en desarrollo son los tribunales ordinarios, con jueces que carecen de la experiencia necesaria en el ámbito de la competencia, los que se hacen cargo de los juicios relacionados con esta materia. Esta falta de cualificación de los jueces pone en peligro la credibilidad del examen judicial. Además, puede disuadir a las autoridades de los países en desarrollo de imponer sanciones o hacer que las sanciones se impongan con el fin de reducir la probabilidad de que se presenten apelaciones que debiliten el sistema.

58. Entre las respuestas posibles a las cuestiones anteriormente mencionadas se encuentra el establecimiento de entidades especializadas para examinar las sentencias de los juicios de casos relacionados con la competencia a través, por ejemplo, de la creación de una sala específica en el tribunal responsable de esas sentencias o de la creación de tribunales especializados en materia de competencia. Además, se considera indispensable desarrollar la capacidad de los jueces que deben evaluar las apelaciones presentadas contra sentencias de tribunales en el ámbito de la competencia. Esto se puede llevar a cabo, por ejemplo, por medio de la celebración de talleres conjuntos en los que participen la autoridad encargada de la competencia y los jueces que ejercen la supervisión judicial sobre ella. La adopción de una legislación y de reglamentos cuya ejecución resulte más sencilla, así como el establecimiento de directrices para la formulación de sentencias, contribuirán asimismo a mejorar el examen judicial de los casos relacionados con la competencia.

59. La duración de los procesos de apelación constituye otro importante desafío resaltado por varios países en los cuestionarios. El Perú, por ejemplo, señala que los procedimientos de apelación contra sentencias dictadas en el ámbito de la competencia pueden durar hasta cinco años. Si el procedimiento de apelación tiene una duración excesiva, es posible que la decisión examinada haya dejado de ser relevante o que se hayan generado problemas considerables para su aplicación. En el caso de las fusiones, la duración de los procesos es particularmente importante. En consecuencia, un país puede querer introducir procedimientos rápidos para las apelaciones contra sentencias que prohíban una fusión. La Comisión Europea indica que "el proceso judicial suele durar entre 2 y 3 años hasta su finalización. [...] Por consiguiente, el Tribunal General adoptó un procedimiento abreviado, denominado 'proceso acelerado', que dispone procedimientos escritos y una audiencia completa; a través de este proceso, el citado tribunal puede finalizar un caso en un plazo de 8 a 12 meses a contar desde la sentencia de la Comisión, garantizando así una perspectiva realista de la supervisión judicial de asuntos en los que el

tiempo es un factor importante, como sucede en el caso de las fusiones". En la mayoría de los países en desarrollo no existe este procedimiento abreviado.

60. A pesar de que el examen judicial se ha instaurado con el fin de proteger a las personas físicas y jurídicas frente a sentencias abusivas por parte de las instituciones públicas y de consolidar la confianza en el sistema, puede causar el efecto contrario: dañar la reputación de una autoridad encargada de la competencia. Este riesgo surge cuando se anula o se modifica de manera significativa un elevado número de sentencias de la autoridad encargada de la competencia como resultado de un examen judicial. Para evitar que su reputación resulte perjudicada, las autoridades encargadas de la competencia de reciente creación deberían examinar cuidadosamente los elementos y los fundamentos de derecho de cada apelación que pierdan con el fin de cumplir en el futuro los requisitos jurídicos establecidos por el tribunal.

61. En los cuestionarios se han detectado otras dificultades adicionales, especialmente con respecto a la falta de regulación relativa al examen judicial y a la decisión de jurisdicción entre los tribunales administrativos y civiles que reduce la eficiencia del examen judicial. Por último, Croacia ha señalado que se esfuerza por dedicar la consideración que merecen los constantes cambios que experimentan las normas jurídicas no vinculantes de la UE, que considera una fuente de orientación para su propia interpretación del derecho de la competencia.

C. Conclusión, incluidos temas y cuestiones para el debate

62. Pese a que existe un amplio consenso en que el examen judicial de las sentencias dictadas en casos relacionados con la competencia es una consecuencia necesaria del estado de derecho y un elemento indispensable de un régimen jurídico correctamente diseñado en materia de competencia, las características de los sistemas de examen judicial varían de forma significativa de un país a otro. A pesar de esta variedad, puede concluirse que las autoridades y organismos encargados de la competencia de reciente creación de los países en desarrollo se enfrentan a dificultades similares en relación con el examen judicial de casos relacionados con la competencia. En este contexto, se propone que los delegados consideren la pregunta siguiente para el debate durante las deliberaciones:

a) ¿Cuál es la mejor manera de hacer frente a las dificultades derivadas de un número insuficiente de jueces cualificados a la hora de tratar los casos relacionados con la competencia?

b) ¿Cómo garantizar que la duración del proceso de apelación no inutilice la sentencia inicial dictada en un juicio sobre la competencia?