

Diseño institucional y procesal en el derecho de la competencia

Juan David Gutiérrez R.
(jdg@cable.net.co)

Pontificia Universidad Javeriana
Especialización en derecho de la competencia y del
libre comercio
2009

Contenido

1. Diseño institucional
2. Diseño procesal
3. Aspectos probatorios: el uso de evidencia económica

1. Diseño institucional



Diseño institucional

- ▣ Naturaleza: Las autoridades de la competencia (AC) pueden ser de naturaleza administrativa o judicial
- ▣ Funciones: Las AC pueden tener funciones investigativas y/o de adjudicación
- ▣ Dos modelos de diseño institucional:
 - Bifurcado (EEUU, Chile, Panamá)
 - Integrado (UE, América Latina)

Diseño institucional

▣ Modelo Bifurcado

- La AC es de naturaleza administrativa (parte de la rama Ejecutiva)
- La AC es solo tiene facultades investigativas o de instrucción (*investigate & prosecute*)
- La AC “demanda” ante los tribunales competentes a las empresas que presuntamente han violado la normativa
- El sistema judicial (tribunales comunes o especializados) adjudican los casos

Diseño institucional

□ Modelo Integrado

- La AC es de naturaleza administrativa (parte de la rama Ejecutiva)
- La AC tiene facultades investigativas y decisorias (*investigate & adjudicate*)
- Las decisiones de la AC son actos administrativos que pueden ser controlados por la jurisdicción (acciones de nulidad)

Diseño institucional

□ Modelo Integrado:

- ¿puede ser imparcial la autoridad que es “juez y parte”?
- Es forma de organización eficiente, pero su conducta debería ser controlada por los jueces

□ Modelo Bifurcado

- Garantiza mayor imparcialidad de quien decide
- El costo de administrativo de aplicación es más alto

Diseño institucional

- ▣ Composición de órgano máximo de la AC:
 - Órgano colegiado: común cuando la AC tiene facultades decisorias
 - ▣ Comisiones y Tribunales
 - Órgano unipersonal: común cuando la AC solo tiene funciones investigativas
 - ▣ Superintendente

Diseño institucional

- Designación de la autoridad máxima de la AC:
 - Nombrado por el Presidente, Primer Ministro, Consejo de Ministros
 - Con y sin aprobación del Congreso
 - Designación por períodos fijos (de 2 a 12 años) o funcionario de libre nombramiento y remoción
- Ejemplos:
 - EEUU: Comisionados de FTC son nombrados por el Presidente y confirmados por Congreso.

Diseño institucional

- Autonomía de la AC:
 - Sistema de designación y existencia de períodos fijos
 - Existencia o no existencia de superior jerárquico
 - Asignación de recursos
 - Presupuesto es parte de Ministerio pero es identificado como rubro separado
 - Rubro separado del presupuesto estatal
 - Autofinanciamiento vía multas

Diseño institucional

□ Estados Unidos

■ Agencias de competencia:

- Comisión Interestatal de Comercio (*Federal Trade Commission*)
- Departamento de Justicia (*Department of Justice*)

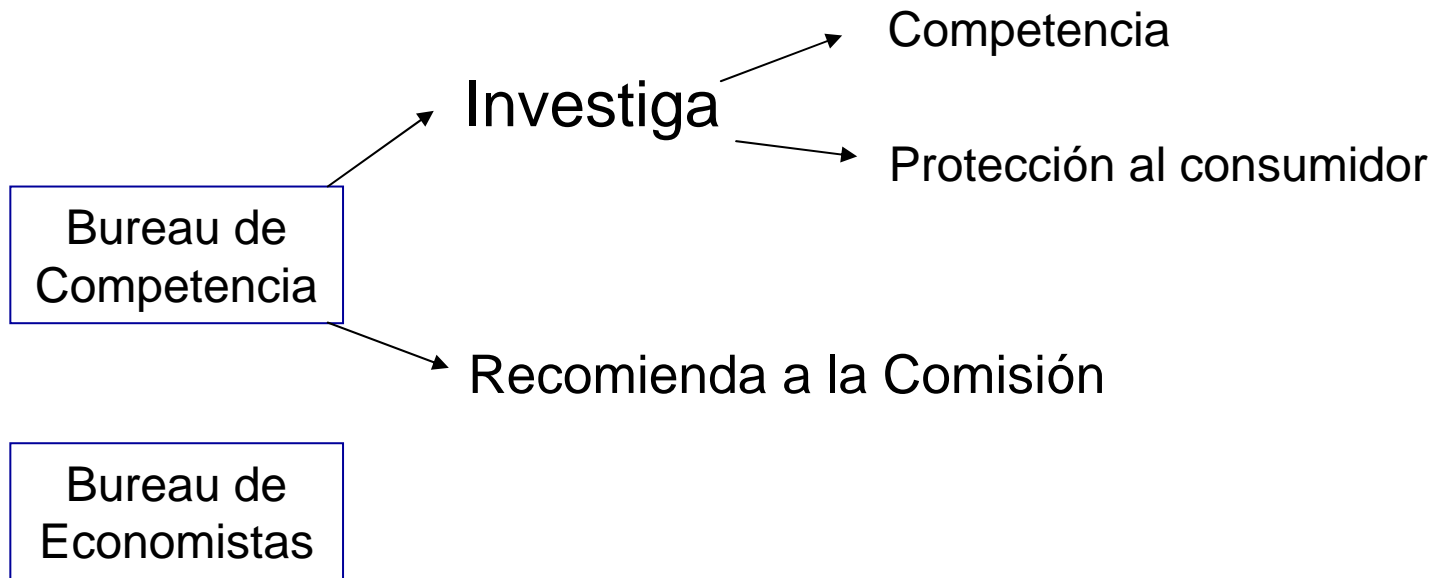
■ Partes privadas perjudicadas tienen legitimación en la causa por activa para demandar por sí mismas ante los jueces

■ Rama jurisdiccional - cortes (adjudica):

- Cortes Federales del Distrito
- Tribunales Federales de Apelación
- Corte Suprema de Justicia

Diseño institucional

- Estructura de la Comisión Interestatal de Comercio (*Federal Trade Commission*)
 - Cinco Comisionados: decisiones colegiadas



Diseño institucional

- Departamento de Justicia
 - A cargo del *Attorney General* (Procurador General)
 - Tiene una División “Antitrust”
 - Posición de gabinete: expuesto a mayor influencia política
 - No tienen capacidad de adjudicar, siempre tiene que demandar ante Corte de Distrito Federal en 1ª instancia

Diseño institucional

□ Jueces Federales:

- No especializados en temas de competencia
- Cortes de Distrito Federal: En los casos criminales o en los cuales se define la responsabilidad por daño (*money damages*) las partes tienen derecho a que las juzgue un jurado

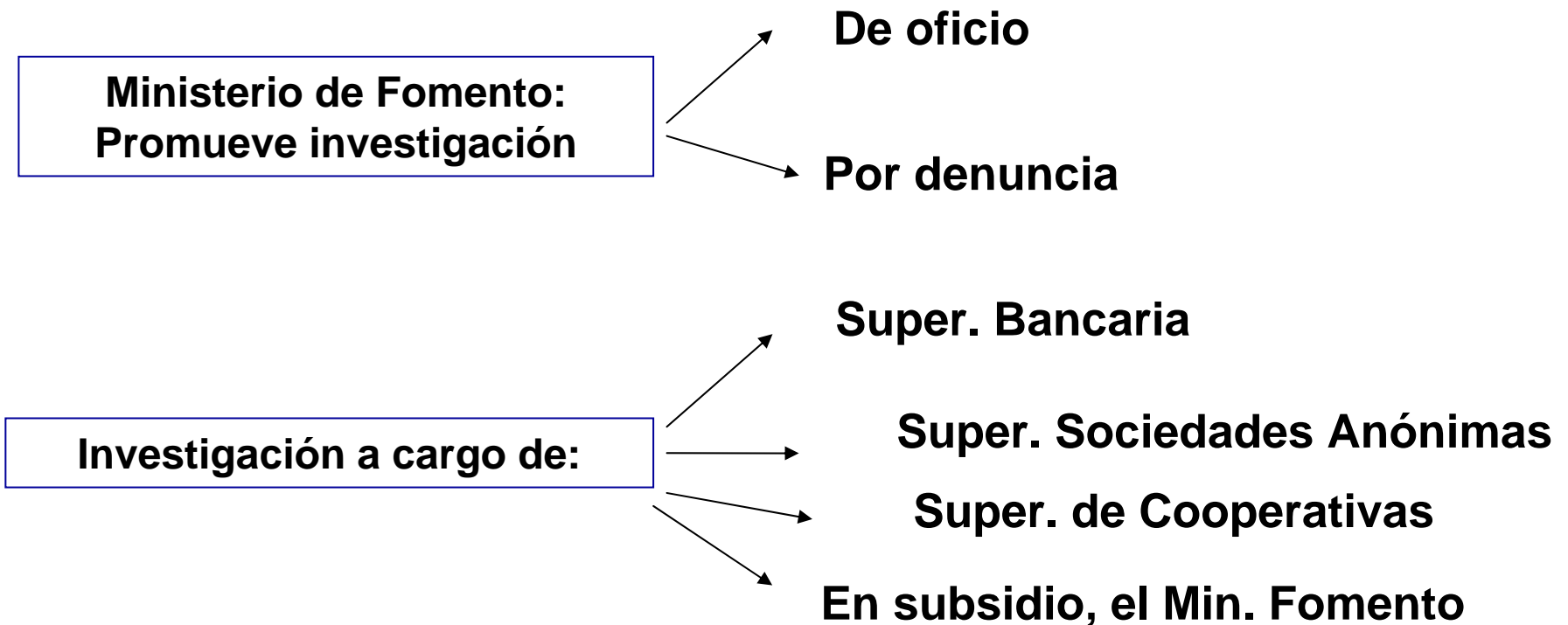
Diseño institucional

□ Unión Europea

- Agencia de competencia: Comisión Europea – Directorio General de Competencia
 - Investiga / Propone medidas
- Rama jurisdiccional (controla legalidad de decisión):
 - Tribunal de Primera Instancia
 - Resuelve: Nulidad de decisiones de la Comisión
 - Tribunal de Justicia Europeo
 - Resuelve: Apelación de sentencia de primera instancia

Diseño institucional

- ▣ **Colombia: Estructura institucional original de la Ley 155 de 1959 (sistema bifurcado)**



Diseño institucional

- ▣ Combinación de funciones investigativas y decisorias puede conllevar a sesgos:
 1. Sesgo de confirmación (*confirmation bias*): tendencia de buscar la evidencia que confirma convicciones personales. ¿Cuál es la convicción inicial de un funcionario?
 2. Sesgo de percepción sobre un evento que ya ha ocurrido (*hindsight bias*): las personas tienden a justificar los esfuerzos que han realizado en el pasado. Evitan la “disonancia cognitiva” omitiendo la información que podría generarla.

2. Diseño procesal



Diseño Procesal

□ Naturaleza del procedimiento:

1. Administrativo (Ej. UE y América Latina)

- Adelantado directamente por las agencias (de oficio o a petición de parte)
- Decisión puede contener la prohibición de realizar la conducta o multas pecuniarias
- Multas destinadas al erario

2. Penal (Ej. EEUU, UK, Brasil y Chile)

- Investigación adelantada por agencias y adjudicación por tribunales
- La decisión la prohibición de realizar la conducta o penas privativas de la libertad (Ej. EEUU – 10 años de cárcel) o pecuniarias (Ej. EEUU – hasta US 100 MM para empresas)

3. Civil (Ej. EEUU y Panamá)

- Acción iniciada por los perjudicados con el fin de obtener indemnización
- Adjudicación por tribunales: se debe probar el *quantum* de los daños

Diseño Procesal

- ▣ Uso de las normas por los particulares como “escudo”:
 - Como excepción: para defenderse contra la pretensión del cumplimiento de contratos con cláusulas anticompetitivas
 - Nulidad de pleno derecho del contrato
- ▣ Uso de las normas por los particulares como “espada”:
 - Con fines resarcitorios: para reclamar la indemnización de perjuicios por la práctica anticompetitiva

Diseño Procesal

□ UE

- Comisión investiga, adelanta proceso y decide. Sus decisiones pueden ser anuladas por los tribunales.

□ EEUU (dos sistemas federales paralelos):

- DOJ y FTC investigan y demandan ante las cortes federales quienes adjudican el caso
- La FTC puede adelantar un procedimiento administrativo con facultades decisorias:
 - Decide es un “juez administrativo” que hace parte del FTC. pero es independiente de la FTC .
 - Sus decisiones pueden ser apeladas y son decididas por la FTC

Diseño Procesal

□ EEUU:

- ¿Cómo se adjudican competencias entre DOJ y FTC?
- No hay norma que lo establezca sistemáticamente
- Procedimiento informal: “clearance process”
- Especialización por sectores económicos:
 - FTC: petróleo y gas; *hardware* (PC) y temas de comercialización (*retail*)
 - DOJ: agricultura, *software* y electricidad. Es quien adelanta aquellos casos en los cuales la naturaleza de la infracción es criminal.

Diseño Procesal

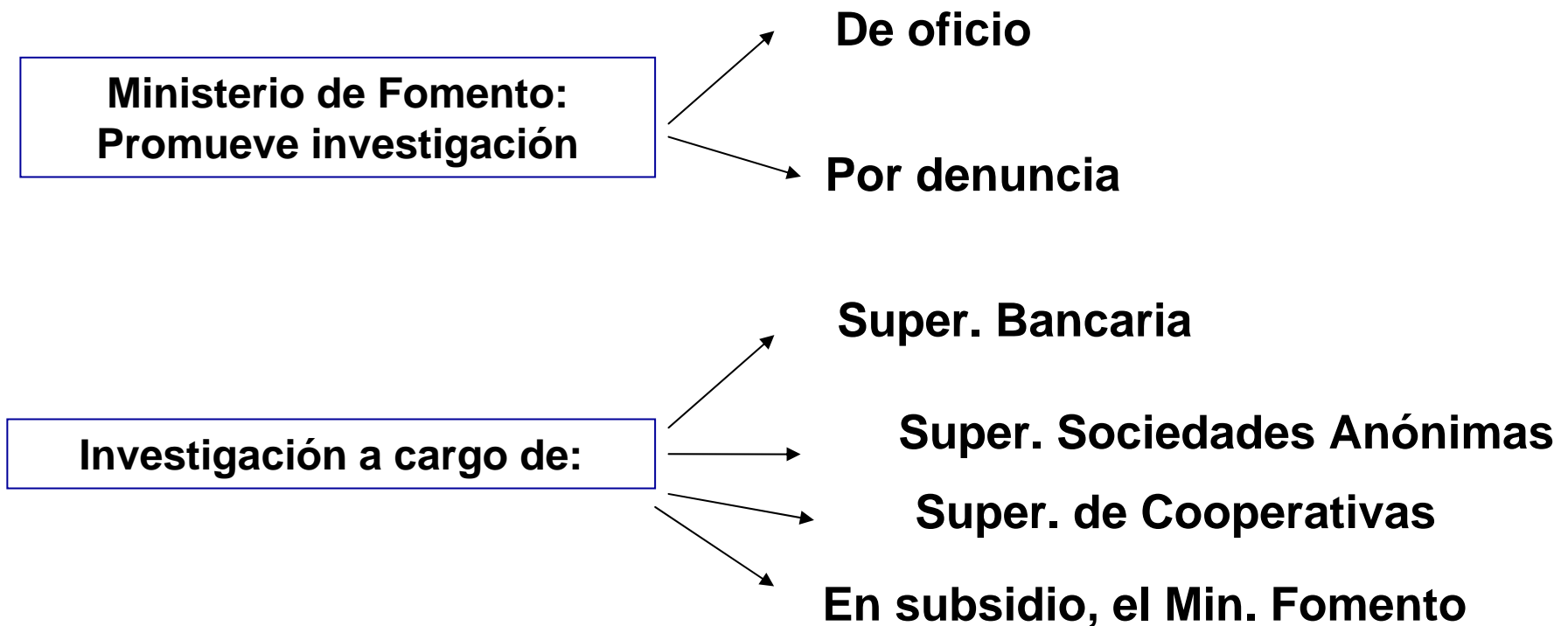
- ❑ UE: Aplicación de la normativa por la Comisión:
 - Primera etapa – Investigación:
 - ❑ Solicita información a investigadas y practica testimonios
 - ❑ Realiza inspecciones en las instalaciones de las investigadas y obtiene información directamente
 - Segunda etapa – Adjudicación:
 - ❑ Statement of Objections (notifica a las partes de la supuesta infracción) – Acceso de las partes al expediente
 - ❑ Las investigadas tienen derecho a una audiencia. Asisten a la audiencia:
 - Investigadas
 - Denunciantes
 - Representantes de la Comisión
 - Representantes de las autoridades nacionales

Diseño Procesal

- UE: Aplicación de la normativa por la Comisión
 - Con posteridad a la audiencia, la Comisión toma una decisión de fondo como órgano colegiado.
 - El borrador de decisiones es revisado por el Comité de Asesores (*Advisory Committee*), compuesto de representantes de las autoridades nacionales de competencia (no vinculante)
 - Decisiones motivadas

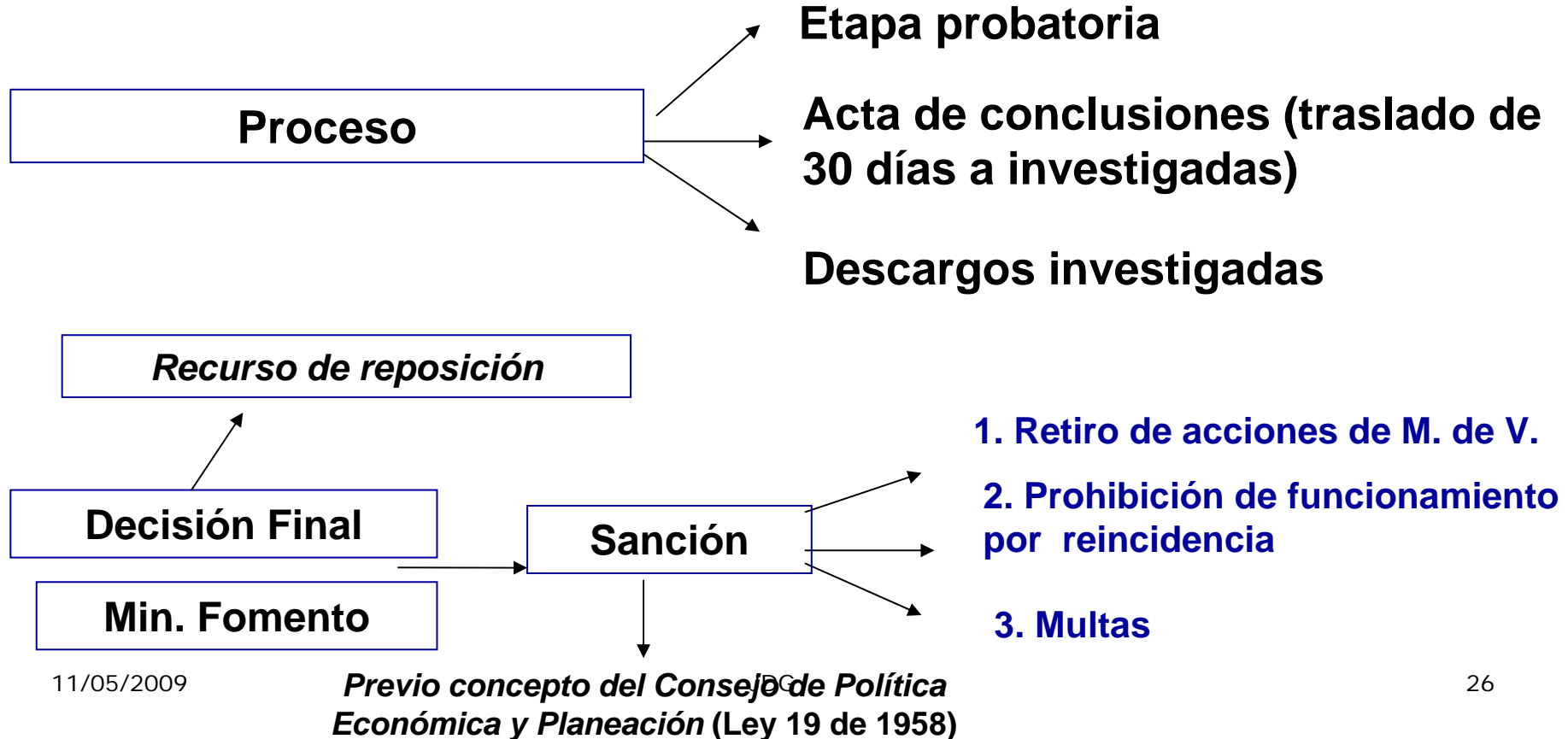
Diseño Procesal

- ▣ **Colombia: Estructura institucional original de la Ley 155 de 1959 (sistema bifurcado):**



Diseño Procesal

▣ Colombia: Estructura procesal original de la Ley 155 de 1959



3. Ley 155 de 1959

- ❑ **Estructura institucional modificada por Decreto-Ley 3307 de 1963** (*"Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios"*):

Funciones del M. de Fomento son adscritas a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de Regulación Económica

La S. de Regulación Económica fue creada por el Decreto 1653 de 1960 / entidad encargada de fijar tarifas

**D. E. de la S. de R. E.:
Promueve investigación**

De oficio

Por denuncia

Investigación a cargo de:

Super. Bancaria

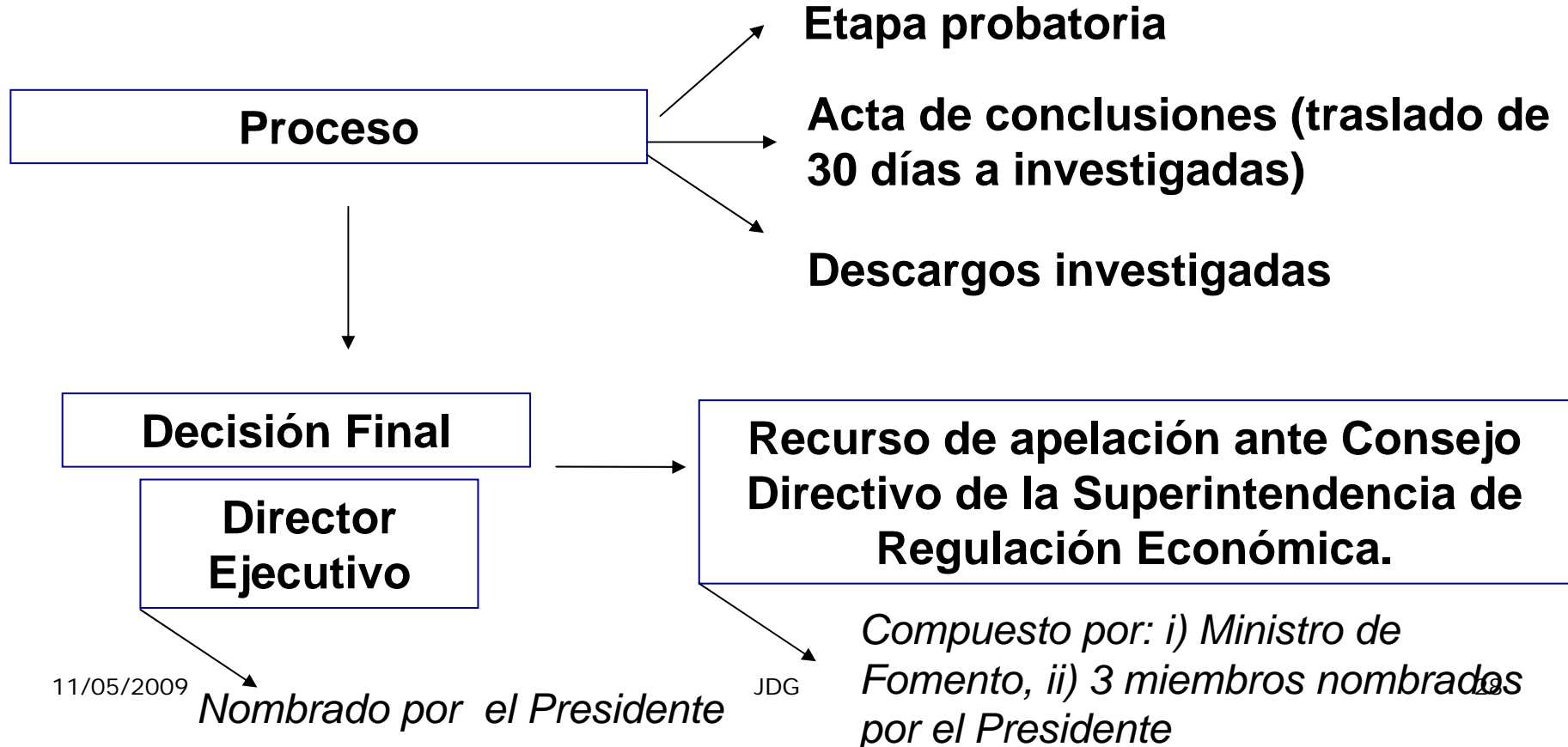
Super. Sociedades Anónimas

Super. de Cooperativas

En subsidio, el D. E. de la S. de R. E.

3. Ley 155 de 1959

▣ Estructura institucional modificada por Decreto-Ley 3307 de 1963:



3. Ley 155 de 1959

- ▣ **Estructura institucional modificada por Decreto Ley 2974 de 1968** (*reorgánico del Ministerio de Fomento*):

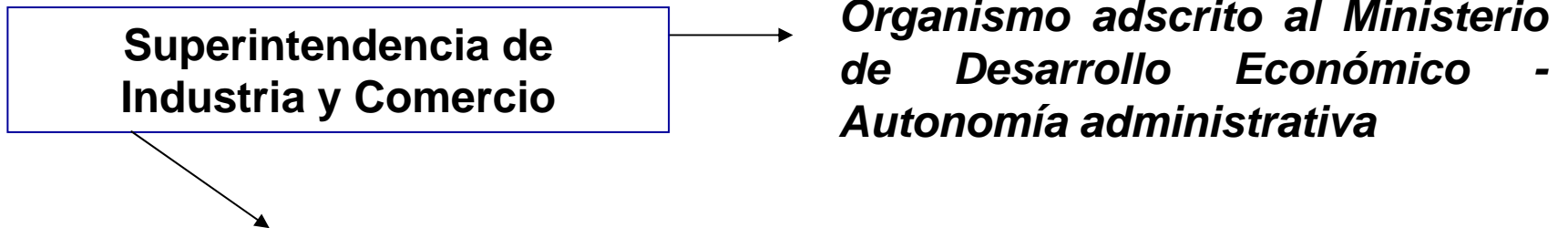


***Crea la Superintendencia
de Industria y Comercio
(artículos 25 y ss.)***

***Funciones de control y
vigilancia del del M. de
Fomento son asignadas a la
Superintendencia de
Industria y Comercio***

3. Ley 155 de 1959

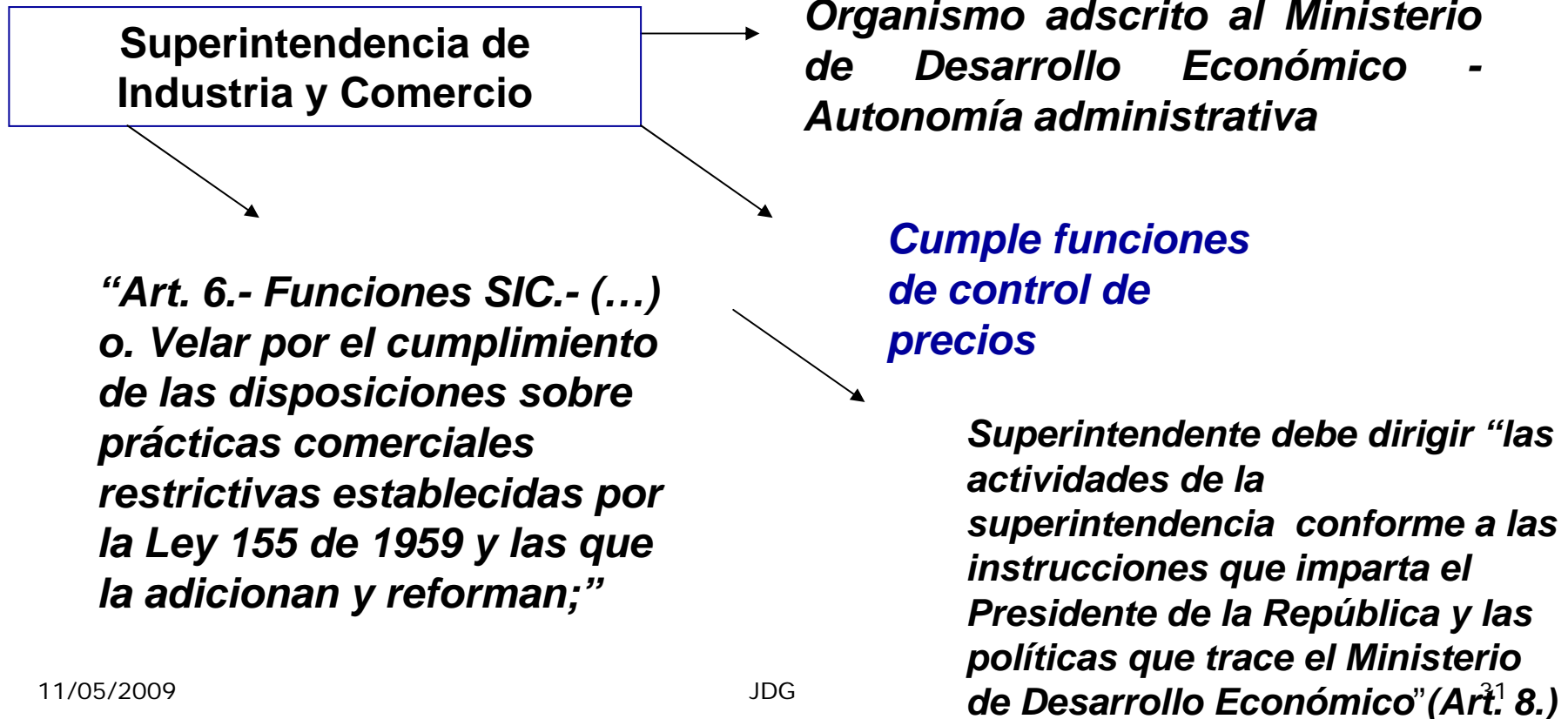
- ▣ **Estructura institucional modificada por Decreto Ley 623 de 1974** (*revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio*):



“j). Velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959 y las que la adicionan y reforman;”

3. Ley 155 de 1959

- ❑ **Estructura institucional modificada por Ley 149 de 1976** (*revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio*):



Diseño Procesal

- Litigios promovidos por partes “privadas”:
 - EEUU
 - Los litigios en un 90% son promovidos por partes “privadas”
 - UE y América Latina
 - Existen muy pocos casos sobre litigios promovidos por partes “privadas”
 - Importante complemento a la aplicación pública de la normativa por la AC

Diseño Procesal

- Aplicación pública vs aplicación privada
 - La aplicación de la normativa por parte de la AC puede “superior” que el la aplicación privada (litigios privados) porque:
 1. La AC tiene mayores poderes de investigación (allegar pruebas) y de sanción
 2. El litigio privado es motivado por intereses de lucro que puede ser diferente al interés general
 3. Alto costo de litigio privado
 - Pero cumple fines de “justicia correctiva”

3. Aspectos probatorios: el uso de evidencia económica



Aspectos probatorios

- Medios probatorios:
 - Documental
 - Visitas administrativas / judiciales (*dawn raid*)
 - Intercepción de comunicaciones
 - Interrogatorios
 - Testimonios
 - Experticia económica

Aspectos probatorios

- ▣ Experticia económica, evidencia económica y la asimetría de información en casos antitrust
 - ¿Qué incentivos crean los marcos legales e institucionales a los diferentes agentes que participan en procedimientos de las normas antimonopolio en relación al uso de testimonios de expertos económicos?
 - ¿Qué normas legales y sociales pueden proveer los incentivos apropiados a los diferentes agentes que participan en procedimientos de las normas de competencia con el fin de alinear el uso de testimonios de expertos económicos con los fines de las normas antimonopolio?

Aspectos probatorios

- ▣ Naturaleza de las experticias económicas aplicadas a los procedimientos de las normas antimonopolio, dificultades inherentes y el marco legal e institucional que se le aplican
- ▣ Problemas causados por la asimetría de información, en particular en la relación entre el adjudicador y el experto económico
- ▣ Factores que determinan los incentivos de los diferentes “actores” de los procedimientos jurídico.

Aspectos probatorios

- ▣ Características regulatorias y no regulatorias de los sistemas de aplicación
- ▣ Factores que mitigan los problemas causados por la asimetría de información.
- ▣ Alternativa: “reglas probatorias”, “reglas procesales y diseño institucional” y “el mercado de los expertos y la comunidad académica”

Aspectos probatorios

- ▣ Conclusión: en relación a los testimonios de expertos económicos, el sistema de aplicación de las normas antimonopolio debe propender por la minimización de sus costos mediante la mitigación de las consecuencias de la asimetría de información entre al adjudicador y el experto.