

## Mesa Redonda – Presentación de teorías económicas complejas a los Magistrados<sup>1</sup>



Traducción: Enrique A. Bour

*Este documento comprende los procedimientos en los idiomas originales de una Mesa Redonda sobre Técnicas para la Presentación de Teorías Económicas Complejas a los Magistrados celebrada por el Comité de Competencia (Grupo de Trabajo 3 sobre Cooperación y Observancia) en febrero de 2008. Se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE para llevar información sobre este tema a la atención de un público más amplio. Esta compilación forma parte de una serie de publicaciones tituladas “Mesas Redondas de Políticas de Competencia”.*

### RESUMEN EJECUTIVO

Teniendo en cuenta la discusión en la mesa redonda y las presentaciones de los miembros, emergen una serie de puntos clave:

1. La aplicación moderna de la legislación antimonopolio debe basarse en una evaluación clara y objetiva de los efectos identificados o medidos por un análisis económico sólido.

La comunidad antimonopolio reconoce que la maximización del bienestar del consumidor se logra mejor mediante una política de competencia centrada en el análisis de los posibles efectos de la conducta de las empresas. También reconoce que el análisis de los efectos debe basarse sólidamente en la economía. La creciente aceptación de la importancia de la economía se ha reflejado no sólo en la práctica de aplicación de las agencias nacionales de competencia, sino también en la actitud de los tribunales. En particular, ha aumentado la demanda de apoyo económico sustancial para argumentos presentados en un contexto de derecho de la competencia. Al desarrollar una cultura de aplicación basada en la economía a nivel de las autoridades nacionales de competencia, se alienta la aceptación de la metodología económica por parte de los tribunales.

En los casos antimonopolio, la definición del mercado y la evaluación de los efectos competitivos pueden requerir un uso extenso de economía, si bien pueden aplicarse diferentes análisis. Estos análisis proporcionan herramientas específicas que ayudan a informar el examen de cuestiones particulares en un caso dado y aportan coherencia a los entornos fácticos complejos. La economía es un marco para examinar los hechos; no debe sustituir el análisis fáctico sólido.

2. Las agencias y los tribunales exhiben diversos grados de sofisticación cuando se trata de análisis económicos.

Algunos tribunales han experimentado dificultades con supuestos y teorías económicas básicas. De hecho, en algunas jurisdicciones, los tribunales expresamente han concedi-

---

<sup>1</sup> *Presenting Complex Economic Theories to Judges*, OECD, 2008. Se incluye sólo el sumario ejecutivo y el resumen de las sesiones. Los países participantes incluyeron: Bélgica, Canadá, Finlandia, Alemania, Corea, Holanda, Portugal, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos de América y el Comité Asesor de Empresas e Industrias de la OECD. Los documentos de los países pueden ser bajados en <http://www.oecd.org/competition/abuse/41776770.pdf>.

do que la economía puede ser demasiado compleja para comprender. Sin embargo, hay motivos para ser positivo acerca del progreso: los jueces quieren comprender los problemas económicos; no es el caso que sean estrechos en su forma de pensar. Si bien los jueces a menudo están ansiosos por las metodologías empleadas por los economistas, no obstante desearían poder entender mejor el debate económico.

La divergencia es particularmente aguda en todas las jurisdicciones en cuanto a la medida en que han desarrollado normas y procedimientos que regulan la introducción de pruebas económicas, en particular testigos expertos, en procedimientos judiciales. Estas normas y procedimientos tienen como objetivo garantizar la integridad y la calidad de la evidencia económica, incluido el testimonio en el juicio, y convencer a los tribunales para que acepten este tipo de pruebas. Es evidente que estos requisitos están más desarrollados en aquellos estados donde el litigio es una característica importante del panorama de la legislación de competencia.

3. Las razones por las que los tribunales rechazan la evidencia económica incluyen normas de prueba rigurosas, una falta de orientación de las autoridades, una falta de comprensión por parte de los jueces y una presentación ineficaz por parte de las autoridades de competencia. Se presentaron soluciones prácticas sobre la comprensión judicial y la presentación exitosa de evidencia.

Se expresó apoyo para educar a los jueces en economía y metodología económica. Tal entrenamiento representa una forma positiva de desarrollar las habilidades analíticas de los jueces. Dado que en algunas jurisdicciones los jueces pueden no entender la economía del caso del gobierno y pueden buscar alguna resolución procedimental para resolver el caso de una manera que no les obligue a tratar con el fondo real del caso, es imperativo que se debiera alentar a los jueces a ser más sofisticados en economía de la competencia. Al mismo tiempo, los jueces deben ser informados de las limitaciones de la evidencia económica y de que pocas veces uno puede depender de datos no impugnados para producir una única "solución" numérica a un problema dado.

Sin embargo, se observó una limitación notable con respecto a la educación judicial. Incluso los jueces con cierta comprensión de la economía a menudo dudan en cuestionar a los expertos en economía, ya que reconocen su conocimiento económico relativamente débil. Según los informes, el desarrollo de una lista de preguntas prácticas para que los jueces pregunten a los expertos a fin de evaluar su credibilidad ha sido exitoso en Francia, y podría ser útil en otros lugares para superar esta renuencia. Estas preguntas deben centrarse en problemas de fiabilidad, relevancia y consistencia interna, así como en si la teoría avanzada ha sido publicada. La educación de los jueces sobre las preguntas prácticas que deben hacerse ayuda a (re)emplazar la toma de decisiones en manos de los jueces: ayuda a facilitar la discusión y por lo tanto mejora la capacidad del juez para decidir si la experiencia ofrecida es o no útil.

4. Fueron discutidas varias técnicas utilizadas en los tribunales para ayudar a los jueces a comprender la evidencia económica compleja y las teorías. Algunas demostraron ser más efectivas que otras, particularmente si su propósito es hacer que los conceptos complejos sean fácilmente accesibles para los no expertos y presentarlos de manera simple y clara.

En términos de técnicas efectivas para la presentación de evidencia económica compleja, es esencial que la evidencia se presente al tribunal de una manera que sea creíble,

simple y esté bien respaldada por los hechos que se le presentan. El desafío aquí para las autoridades de competencia es presentar el razonamiento económico de una manera entendible pero no menos precisa para los no expertos, es decir, los jueces. Para garantizar la comprensión, el problema en cuestión debe identificarse claramente, y cualquier argumento económico debe presentarse de tal manera que permita al lector o al oyente seguirlo fácilmente. Los argumentos económicos complejos no deberían avanzar como una "cortina de humo" para un caso débil. Recordando a la audiencia de uno, y el alcance de su experiencia con la argumentación económica, también es crucial.

El tribunal debe ser informado de cualquier supuesto en el que se basa, así como de los motivos para determinar los parámetros. Además, los defensores de las autoridades deberían estar preparados para explicar por qué no fueron utilizados otros supuestos o parámetros. Es importante conocer y explicar en el juicio los límites de los datos en los que se basa. Cualquier conclusión económica que se adelanta en el juicio debe basarse en hechos relevantes y debe basarse en la teoría económica establecida. Es vital que el caso económico esté alineado con el caso legal y que los testigos que aparezcan estén bien preparados.

En general, los argumentos económicos son más efectivos cuando son estructurados y presentados de manera coherente con la estructura del razonamiento judicial y cuando tienen un uso práctico directo en la toma de decisiones. Apelar a la intuición judicial y usar ejemplos de la vida real o analogías para respaldar el argumento también ha resultado útil. No debe subestimarse la utilidad de las ayudas visuales, como pizarras, transparencias y páginas proyectadas del informe de los expertos, sobre todo teniendo en cuenta que algunas personas aprenden mejor visualmente que con palabras.

5. *Varios participantes apoyaron el uso de expertos económicos externos por parte de las autoridades de competencia y los tribunales. Sin embargo, es necesario conocer los inconvenientes relacionados con el uso de dichos expertos en la sala del tribunal.*

Los consultores económicos retenidos para presentar argumentos económicos ante los tribunales son más propensos a ser percibidos como testigos creíbles e imparciales si se les pide que expliquen por qué cierta teoría económica es sólida y por qué debe aplicarse a los hechos del caso, en lugar de alegar por la aplicación de alguna teoría con el único propósito de servir a la causa del cliente. También pueden traer nuevas perspectivas a la mesa. Sin embargo, necesitan tener experiencia en el "mundo real" y experiencia en testificar ante tribunales. La introducción de tales expertos puede crear algunas ineficiencias, particularmente dado el hecho de que cuando se retienen tales expertos tendrán que abordar un caso dado desde cero. Las restricciones presupuestarias que enfrenta la autoridad de competencia también son un motivo de preocupación.

Los expertos designados por el tribunal pueden ser apropiados cuando se trata de pruebas sustanciales y complejas. El nombramiento de dichos expertos debe ser imparcial y transparente, y sus informes deben ser puestos a disposición de las partes para que tengan la oportunidad de refutar su contenido. De hecho, cualquier prueba ofrecida por dichos expertos, ya sea oral o escrita, debe estar sujeta a la posibilidad de refutación por las partes. Las autoridades de competencia pueden ayudar al tribunal a encontrar un experto experimentado y neutral. Es importante destacar que todos los asuntos de hecho deben ser decididos únicamente por el tribunal y no por el experto designado.

Algunos participantes expresaron cierta cautela con respecto al uso de expertos económicos en el juicio. En primer lugar, los abogados suelen ser más hábiles en la descripción del caso económico ante el tribunal que los expertos en economía; el abogado en efecto sabe cómo comunicarse con el tribunal. En segundo lugar, pueden surgir nuevos hechos en el juicio posteriores a la presentación del informe de un economista, que puedan socavar las conclusiones contenidas en ese informe. En tercer lugar, la sala del tribunal, incluso en los sistemas contenciosos, no proporciona una *revisión inter pares* adecuada de los argumentos de los economistas expertos. Los economistas expertos pueden convertirse en defensores de la posición de sus clientes y se los puede persuadir para que presenten argumentos que el resto de la comunidad económica podría considerar falsos. Idealmente, los expertos en economía deberían abogar por su propia posición económica en un tema determinado, y esta posición debería basarse firmemente en la economía. La publicidad del testimonio puede ayudar a inyectar disciplina en el proceso, pero tal disciplina requiere tiempo para desarrollarse. El uso de escritos *amicus curiae* también puede ayudar a proporcionar un grado adicional de *revisión inter pares*.

Deben respetarse varios principios importantes cuando participan expertos en un juicio sobre derecho de competencia. No se debe confiar en los expertos económicos como testigos del hecho; más bien, los expertos económicos deberían enfocarse en el análisis económico o econométrico de hechos que ya han sido introducidos y establecidos a través de otros testigos. Las teorías y metodologías económicas que son propuestas ya deberían haber sido probadas suficientemente en la comunidad económica. Los expertos no deberían confinarse estrechamente a los datos que analizan. Los expertos en economía no deben ser promovidos como expertos industriales, de lo contrario su credibilidad corre el riesgo de verse significativamente comprometida durante el juicio. Finalmente, es importante recordar que los expertos juegan tanto un papel ofensivo como defensivo en un caso determinado.

#### 6. El uso combinado de testimonios económicos tanto orales como escritos en casos de derecho de la competencia ofrece ventajas considerables.

Los informes de expertos económicos deben ponerse a disposición de los jueces antes del comienzo de las audiencias para que los jueces tengan tiempo de pensar sobre los asuntos relevantes. El autor (es) de los informes también debe estar presente en el tribunal. Si se cumplen ambas condiciones, cuando comiencen las audiencias, el juez estará en condiciones de formular las preguntas de aclaración necesarias.

En la práctica, el testimonio de expertos orales ha ayudado a confirmar la solidez o legitimidad de los fundamentos teóricos que se utilizan para evaluar el poder de mercado o para probar la existencia de daño al consumidor. Las presentaciones orales tienen el potencial de lograr tres cosas: (a) hacer que el enfoque utilizado sea comprensible de una forma exenta de tecnicismos; (b) resumir los principales hallazgos y argumentos; y (c) proporcionar una plataforma para que los argumentos en contra sean utilizados de manera constructiva.

El Presidente abrió el debate e introdujo a los tres panelistas expertos: el juez Douglas Ginsburg, Tribunal de Apelaciones de EE. UU. para el Circuito del Distrito de Columbia; la Dra. Lilla Csorgo, Asesora Económica Especial del Comisionado Canadiense de Competencia; y el Dr. Frédéric Jenny, Cour de Cassation, Francia. Dio las gracias a las delegaciones que hicieron presentaciones a la mesa redonda. El Presidente declaró que la reunión consistiría en un debate entre los panelistas y luego en preguntas y comentarios de los asistentes.

El juez Ginsburg creía que la calidad de las presentaciones era uniformemente alta y que la consistencia del contenido era bastante impresionante. Hubo virtual unanimidad sobre la importancia y el papel específico de la evidencia económica en la investigación de casos de competencia. Aunque hubo algunas diferencias de procedimiento en las presentaciones, hubo unanimidad virtual sobre el rol de los expertos en economía y sobre algunas de las limitaciones que se enfrenta al presentar un testimonio económico. Se observó una diferencia importante en este contexto: si uno se enfrenta a un tribunal especializado o generalizado en primera instancia o en la primera instancia de revisión judicial.

El juez Ginsburg señaló que en los Estados Unidos, la Federal Trade Commission (FTC), un organismo colegiado especializado, lleva a cabo audiencias y llega a sus propias decisiones sujetas a revisión judicial. Sin embargo, el Departamento de Justicia (DoJ) debe presentar sus casos ante jueces generalistas. Dichos jueces pueden no tener experiencia previa con la política de competencia o la microeconomía. Es un desafío para el DoJ presentar su caso frente a jueces no especializados de una manera sofisticada que sea apropiada en el entorno competitivo actual.

El juez Ginsburg citó el consejo que recibió de Ronald Coase en la Universidad de Chicago: que si un economista no puede expresarse adecuadamente en un lenguaje sencillo, entonces es probable que no sepa de qué estaba hablando. Este consejo no descarta el valor de la econometría o del asesoramiento técnico científico, simplemente reconoce que en un foro generalista es esencial que el material se presente en una narrativa de lenguaje común que pueda ser entendida por un juez o panel de jueces voluntarioso e inteligente.

Las ayudas gráficas pueden ser muy útiles, como se mencionó en la presentación alemana. El juez Ginsburg señaló que recientemente participó en la FTC en un juicio simulado de un caso de efectos unilaterales contra una fusión donde tales ayudas visuales habrían sido útiles para explicar el concepto del espacio competitivo dentro del cual operaban las partes de la fusión. También señaló que era muy poco común, para él, como juez, recibir un resumen legal con un diagrama. En la práctica, los jueces a menudo terminan creando su propia ilustración para comprender mejor el caso que tienen por delante. El juez Ginsburg señaló la importancia de tener en cuenta que algunas personas aprenden mejor visualmente que lo que hacen a través de palabras.

El juez Ginsburg luego destacó su apoyo a la educación judicial continua. La mayoría de los estados de los Estados Unidos requieren que los abogados, a diferencia de los jueces, tomen varias horas al año de instrucción educativa. La instrucción judicial, que

incluye clases de economía, es ofrecida tanto por el Federal Justice Centre (Centro de Justicia Federal) como por universidades privadas y públicas. El juez Ginsburg señaló que en algunas jurisdicciones los jueces pueden no entender la economía del caso del gobierno y pueden buscar alguna resolución de procedimiento para resolver el caso de una manera que no los obligue a tratar con el fondo real del caso. Se debe alentar a los jueces a ser más sofisticados en economía de la competencia.

El Presidente agradeció al Juez Ginsburg por sus comentarios y le dio la palabra a la Dra. Csorgo.

La Dra. Csorgo describió su primer encuentro con el proceso judicial, en particular las dificultades que tuvo para explicar el concepto de curva de demanda con pendiente decreciente a un juez no especializado. Según la Dra. Csorgo, cuando los economistas presentan sus casos frente a los jueces, deben recordar quién es su público. La responsabilidad recae en el economista en garantizar que se comprenda lo que se explica. Conocer a la audiencia es en sí una tarea difícil. Uno puede enfrentarse con un juez por primera vez, por ejemplo. O puede ser desde que un juez determinado se haya sentado un número de años en un caso de derecho competitivo.

La Dra. Csorgo cree que los jueces deberían sentirse libres de hacer la proverbial 'pregunta tonta'. Es importante destacar que los informes de expertos económicos deben ser puestos a disposición de los jueces antes del comienzo de las audiencias a fin de que los jueces tengan tiempo de pensar en los asuntos relevantes. Si este fuera el caso, cuando comiencen las audiencias y haya un experto económico en el estrado, el juez estará en condiciones de poder hacer las preguntas necesarias de aclaración para asegurarse de que realmente ha entendido los puntos planteados. La clave para garantizar la comprensión judicial es que los informes se pongan a disposición de los jueces antes de que comiencen las audiencias. En resumen, el economista debe asegurarse de que se tome el tiempo para explicar su posición, haga que los informes económicos estén disponibles de antemano y aliente las preguntas.

La Dra. Csorgo señaló que incluso si el juicio es a favor del economista, puede no ser necesariamente así por la razón correcta; de hecho, el juicio puede mostrar una falta de comprensión real de los problemas económicos involucrados. Según la Dra. Csorgo, esto crea una jurisprudencia pobre. Nombrar a un economista como árbitro tiene sus ventajas a este respecto, siempre que se haga de manera transparente.

El Presidente agradeció a la Dra. Csorgo por sus comentarios y le dio la palabra al Dr. Jenny.

El Dr. Jenny se concentró en el sistema legal francés. Según el Dr. Jenny, existe una perspectiva diferente sobre la relación entre el juez y el experto, según se trate de un país de *common law* o de un país de derecho civil. En Francia, una jurisdicción de derecho civil, se siente el legado de la Revolución Francesa: el poder judicial no puede inmiscuirse en las áreas reservadas para los otros dos poderes (es decir, el ejecutivo y el legislativo). En consecuencia, en Francia, los jueces deben leer y aplicar la ley; no pueden interpretarla. Si uno comienza con esta base, es muy difícil lidiar con el derecho de competencia / antimonopolio: es difícil pretender que ese derecho sea completo o claro y que no necesite ser interpretado.

Para el Dr. Jenny, hay al menos tres roles potenciales para los economistas frente a los tribunales, dos de los cuales son problemáticos. El primer papel es medir el daño y medir las dimensiones de los mercados relevantes. Según el Dr. Jenny, este papel es el menos problemático. De hecho, los jueces tienen la oportunidad de pedir a los expertos que expliquen las cosas cuando sea necesario. El segundo rol, donde se le pide al economista que informe al juez qué hechos relevantes deben ser tenidos en cuenta, es más problemático. Es aquí donde se pasa de la búsqueda de hechos a la interpretación, ya que los hechos relevantes dependen en gran medida de la teoría subyacente. Un tercer rol para el economista implica considerar lo que se supone que es legal y lo que se supone que es ilegal, es decir, lo que se supone que es pro o anticompetitivo. Con este rol, uno se adentra por completo en el área del análisis económico. Al igual que con el segundo rol, esto causa problemas, ya que los jueces están muy incómodos con los expertos que les dicen qué hechos considerar y qué interpretación de la ley deben adoptar con respecto a los hechos relevantes.

Los jueces en Francia no están especializados; por lo tanto, no necesariamente saben algo de economía. Para el Dr. Jenny, esto no es particularmente extraordinario: los jueces a menudo juzgan casos relativos a cuestiones en las que son relativamente ignorantes, por ejemplo, en casos de negligencia médica. El Dr. Jenny también señaló brevemente que el sistema en Francia no es un sistema contencioso, sino un sistema centrado en el tribunal, y que esto crea problemas potenciales, como la forma en que un juez debe comunicarse con los expertos. El Dr. Jenny volverá a este punto más adelante en la discusión.

El Presidente agradeció al Dr. Jenny por su contribución. Luego preguntó a los panelistas:

- si sus respectivos regímenes jurídicos consideran que el análisis económico de alguna forma es esencial en alguna etapa del proceso de toma de decisiones o en la definición del mercado relevante y si una presentación exhaustiva del análisis económico pertinente es útil para juzgar tales casos;
- si es importante una explicación clara de las teorías económicas y jurídicas al inicio de los casos; y
- si hay un método preferido para hacer una presentación introductoria de las cuestiones económicas.

La Dra. Csorgo afirmó que el régimen canadiense considera que las evidencias económicas son esenciales de muchas maneras. Siempre son parte del proceso; y la Oficina de Competencia contacta a economistas en una etapa temprana de una investigación. En Canadá existe un tribunal especializado, el Tribunal de Competencia, que por su propia naturaleza reconoce que el análisis económico es una parte muy importante del proceso. En Canadá, sin embargo, hay una excepción a esta situación: las preguntas son generalmente aplicables a cualquier número de asuntos, de modo que una vez que se toma una decisión sobre ese asunto, es potencialmente aplicable a todos los asuntos que tengan el mismo problema. Las cuestiones relativas al test para definir un mercado relevante y la definición de eficiencias, por ejemplo, en realidad son consideradas cuestiones jurídicas. No es problemático cuando esas cuestiones de derecho las decide el Tribunal de Competencia especializado, pero podría ser problemático cuando se apela por tales cuestiones a tribunales no especializados. En este contexto, la Dra. Csorgo dio el ejemplo de un tribunal de apelación (no especializado) que decide si el test de mono-

polista hipotético es la prueba correcta para definir un mercado.<sup>2</sup> Para la Dra. Csorgo, es útil una presentación completa del análisis económico relevante para fallar en casos de competencia. Una ventaja definitiva es tener esa presentación al comienzo del proceso. La Dra. Csorgo admitió que no todos en Canadá estarían de acuerdo con ella en el tema del tiempo. Pero al menos para ella, es esencial tener la presentación desde el principio para que se pueda tener idea de cómo encajar estos hechos en una "historia razonable".

El juez Ginsburg señaló que en Estados Unidos en los últimos años ha surgido una categoría de casos en los que los organismos de aplicación han llevado ante los tribunales evidencia directa de los efectos, y en el proceso han intentado prescindir del requisito de definir el mercado relevante. En esos casos, los tribunales han examinado dicha evidencia directa. En otros casos, se presta gran atención a la definición del mercado. De hecho, en algunos casos, la definición del mercado puede ser el problema determinante. Se ha convertido en un área que es lo suficientemente técnica y disciplinada como para que los expertos en general acuerden propuestas básicas sobre la definición del mercado y reduzcan el problema para el tribunal de una manera que resulta esencial para su resolución.

El Dr. Jenny señaló que la palabra "relevante" no es utilizada en la legislación francesa cuando se considera el concepto de "mercado". El problema para el Dr. Jenny aquí es que no existe una definición única de 'mercado': las definiciones cambian dependiendo de si se está hablando de derecho comercial, derecho de competencia, derecho comercial desleal, etc. La ley no se concentra en los 'mercados relevantes' y no hace diferencias entre los diferentes mercados que uno debería tener en cuenta dependiendo de qué tipo de derecho se trate. Por lo tanto, hay una cierta dificultad. El valor de la econometría y las regresiones en la determinación de mercados no es muy alto para los jueces en Francia, ya que para cualquier regresión puede haber una regresión contraria que sea presentada y que brinde un resultado diferente. Para el Dr. Jenny, la regresión es útil para juzgar casos en los que la regresión confirma la intuición original del juez.

El Dr. Jenny vaciló un poco en responder la segunda parte de la primera pregunta, ya que no está seguro de lo que implica una "presentación exhaustiva". Si se tratara de minuciosidad en cuanto a los problemas, respondería por la positiva; por el contrario, si la minuciosidad se refiere a exponer todos los detalles insoportables de delicadeza de la pericia técnica, su respuesta sería negativa, ya que los jueces pueden perderse en los detalles. El Dr. Jenny también afirmó que una presentación temprana de los problemas

---

<sup>2</sup> En derecho antimonopolio, bajo las Directrices de Fusión Horizontal ([Horizontal Merger Guidelines](#)), la prueba hipotética de monopolio se usa como marco para determinar si un mercado de producto relevante es adecuadamente definido como un primer paso antes de determinar si una compañía tiene poder de monopolio en ese mercado violando la ley antimonopolio. Al aplicar la prueba, la pregunta que se plantea es si un monopolista hipotético puede imponer de manera rentable un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio en el mercado del producto tal como se define. Si la respuesta a la pregunta es sí, y el aumento de precio sería rentable para el monopolista hipotético, entonces el mercado está correctamente definido, y desde aquí el análisis podría avanzar para determinar si se están violando las leyes antimonopolio si la empresa en cuestión tiene demasiado poder de mercado. Si un monopolista hipotético no puede imponer de manera rentable un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio, entonces el mercado de productos de referencia está definido de manera demasiado restringida y debe ser ampliado.



económicos es útil, ya que ayuda a los jueces a saber en qué dirección deberían mirar durante un caso. En Francia, típicamente un abogado principal será designado por todos los participantes en un caso y pasará alrededor de media hora estableciendo los contornos básicos del caso.

El juez Ginsburg recogió el punto que el Dr. Jenny introdujo sobre la intuición judicial. Para el juez Ginsburg, la intuición de un juez puede ser informada y apelada; hay 'ejemplos hogareños' que son útiles al respecto. Uno necesita encontrar en todos los casos la ilustración del principio involucrado de una manera que apele a la intuición del tribunal.

El Presidente señaló que los comentarios anteriores sobre el lenguaje sencillo seguían siendo relevantes aquí. Se recibieron comentarios de otros participantes.

El delegado de Brasil estuvo de acuerdo en que los jueces pueden confundirse por cuestiones económicas y que los gráficos y las ayudas visuales pueden ser útiles para reducir esta confusión. Se proporcionó un ejemplo de un caso brasileño donde los diagramas fueron particularmente útiles. La delegación brasileña solicitó más detalles sobre el proceso de toma de decisiones en Estados Unidos.

El juez Ginsburg explicó que cuando se presenta un testimonio económico experto en EE. UU. a menudo se presenta en forma escrita con un resumen mostrado en la audiencia. El valor real de esta evidencia está determinado por lo que sucede durante el interrogatorio cuando un abogado determinado trata de desacreditar al experto de la otra parte. No hay un uso real en tratar de desacreditar las credenciales de un experto, ya que el experto generalmente será bien elegido. Por el contrario, uno tiene que desacreditar su razonamiento económico. Es inaudito permitir que los expertos se cuestionen entre sí. El proceso está mediado a través de abogados que tienen que dominar este material para contrainterrogar efectivamente a un testigo hostil.

El Dr. Jenny volvió al punto sobre las diferencias entre los sistemas contenciosos o acusatorios e inquisitivos. En Francia, uno no tiene expertos de ambos lados hablando entre sí con el juez esperando ver el resultado de su intercambio al final. Sin embargo, en Francia los jueces pueden formular preguntas a los expertos. Según el Dr. Jenny, aquí hay un problema importante: los jueces rara vez hacen preguntas a los expertos, ya sea porque no saben qué preguntas hacer o porque no entenderán la respuesta. El Dr. Jenny ha proporcionado capacitación a jueces específicamente sobre este tema. Para él, la prueba de Daubert en los Estados Unidos es útil.<sup>3</sup> El Dr. Jenny ha desarrollado un conjunto de 20-25 preguntas que cualquier juez puede formular a cualquier experto para tener una idea del valor del asesoramiento experto que recibe. Estas preguntas "bastante simples" desarrollan las ideas de confiabilidad, relevancia, consistencia interna, y si la teoría ha sido publicada, etc. El Dr. Jenny ha sabido del uso exitoso de estas preguntas. Para él, la educación de los jueces sobre qué preguntas formular ayuda a (re) colocar la toma de decisiones en manos de los jueces; ayuda a facilitar la discusión y por lo tanto mejora la capacidad del juez para decidir si los conocimientos ofrecidos son o no útiles para su caso.

La Dra. Csorgo cuestionó la utilidad del sistema acusatorio al considerar evidencias económicas. El proceso de interrogatorio generalmente permite al juez determinar "lo

---

<sup>3</sup> Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals 509 U.S. 579 (1993).

[https://en.wikipedia.org/wiki/Daubert\\_v.\\_Merrell\\_Dow\\_Pharmaceuticals,\\_Inc.](https://en.wikipedia.org/wiki/Daubert_v._Merrell_Dow_Pharmaceuticals,_Inc.)

que sobra" después de que ambas partes hayan expresado su opinión. Pero con el testimonio económico, el juez puede no estar en una muy buena posición para determinar lo que queda después del proceso de contrainterrogatorio, particularmente si los economistas utilizan este proceso para comunicarse indirectamente entre sí a un nivel que está más allá de la comprensión de inexpertos.

El delegado de Sudáfrica señaló algunos aspectos únicos del régimen de competencia en su país. Sudáfrica tiene un sistema contencioso con poderes inquisitivos. En la práctica, los paneles del tribunal exigen evidencias y descubrimientos adicionales, instruyen a los expertos para que preparen informes y evidencias adicionales, y preguntan a dichos expertos cuando sea necesario. Estos expertos responden a cualquier pregunta por escrito. Se sugirió que, si bien se realiza un fuerte interrogatorio, los expertos no se "hablan" entre sí y no existe una verdadera "revisión por pares" de su testimonio en el sentido estricto de la palabra. Para el delegado de Sudáfrica, una forma de introducir ese tipo de dimensión en el proceso sería hacer que los economistas expertos se comuniquen directamente entre sí, tanto oralmente como por escrito. También se observó que la publicidad durante las audiencias es una herramienta disciplinaria eficaz en lo que concierne a los economistas. De hecho, se dijo que la naturaleza pública de las audiencias en Sudáfrica parece imponer una restricción bastante efectiva a algunas de las fantasías más salvajes de los expertos economistas.

A continuación, el Presidente preguntó a los panelistas si alguno de ellos tenía alguna experiencia con *hot tubbing*, es decir, cuando los expertos y el tribunal hablan directamente entre sí.

El juez Ginsburg declaró que nunca había visto una práctica así, pero que conocía a un juez de primera instancia que la había encontrado bastante útil. Sin embargo, el juez Ginsburg hacía algo similar en su tribunal, que hallaba muy eficaz: después de escuchar los argumentos sucesivos del abogado de la apelación, llamaba al primer experto y mantenía a ambos expertos en la sala del tribunal y se dirigía a ellos alternativamente a fin de resolver una cuestión tanto como sea posible.

El Dr. Jenny no conocía ningún ejemplo pero creía que tal práctica podría ser útil para el juez, ya que podría ayudar a despejar cuestiones secundarias sobre las que existe acuerdo general.

El Presidente afirmó que requeriría que los abogados enseñen a sus expertos a hablar en lenguaje sencillo mientras se interrogan mutuamente para no perder al juez en el proceso.

Con respecto a la cuestión de los testimonios orales y los testimonios escritos, el Presidente deseó pedir aclaraciones a la delegación finlandesa. En su presentación, la delegación destacó la ventaja de las presentaciones orales; pero, ¿se supone que sería un complemento de las presentaciones escritas o en lugar de presentaciones escritas?

El delegado de Finlandia respondió que era un complemento del material escrito. En Finlandia, el proceso judicial se inicia con la ayuda de material escrito de antecedentes que puede llegar a ser bastante sustantivo en su teoría y análisis económicos. Sin embargo, durante el transcurso del proceso judicial, las presentaciones generales o los testimonios se consideran más efectivos cuando son provistos por testigos expertos designados, tales como eruditos probados que pueden traducir las teorías al lenguaje

normal. Eso ayuda a confirmar la solidez o legitimidad de los fundamentos teóricos utilizados para evaluar el poder de mercado o para probar la existencia de daño al consumidor. Además, estas presentaciones tienen el potencial de lograr tres cosas: (a) hacer que el enfoque utilizado sea comprensible de una manera no técnica; (b) resumir los principales hallazgos y argumentos; y (c) proporcionar una plataforma para que los argumentos en contra sean utilizados de manera constructiva.

El Presidente luego hizo las siguientes preguntas:

- ¿Puede una presentación simplificada y conclusiva ser efectiva? En otras palabras, ¿cómo se equilibra el peligro de entrar en demasiados detalles, ya sea en longitud o en términos de tecnicismo, en contra del deseo de no ir en la otra dirección de ser tan simplista que no se termina explicando nada?
- ¿Cuáles son los impedimentos para que un juez sin formación especializada en economía entienda un análisis moderadamente complejo? y
- ¿Debería un juez rechazar un análisis económico que no entiende completamente porque no fue bien explicado y, de ser así, qué debe hacer el juez en tal situación?

El Dr. Jenny creía que el juez debería rechazar algo que no se entienda. Con respecto a la segunda pregunta, afirmó que hay una cuestión muy importante de lenguaje. Para corroborar este punto, el Dr. Jenny ofreció el ejemplo de los diferentes significados de la palabra "precio" (por ejemplo, dinero efectivamente pagado versus el punto donde la demanda es igual a la oferta). Ha habido casos en los que el Dr. Jenny se sintió incómodo cuando esta diferencia en la interpretación de "precio" era instrumental para llevar a una decisión. El Dr. Jenny afirmó que el verdadero impedimento para que un juez entienda el análisis económico no es el uso de la jerga o el tipo de presentación, sino el hecho de que el economista parte de una hipótesis; esto es incomprendible para el juez porque significa que tal vez la hipótesis no sea válida y pueda tender a inducir a error. El Dr. Jenny admitió que hay un nivel de complejidad que debería evitarse en el entorno de un tribunal.

La Dra. Csorgo se concentró en la primera pregunta. Ella estaba de acuerdo en que la presentación económica debe ser intuitiva y en una jerga clara y simple. También destacó el hecho de que hay que tener cuidado de no simplificar en exceso y, al mismo tiempo, hacer accesible la teoría.

El juez Ginsburg volvió al punto anterior del Dr. Jenny acerca de la probabilidad. Sostuvo que el control de fusiones es intrínsecamente predictivo y que las leyes de EE. UU. exigen un juicio predictivo. El juez Ginsburg no cree que en los Estados Unidos los jueces se sientan incómodos con el reconocimiento de que uno debe considerar la probabilidad de que algo ocurra. Sostuvo que si bien el gobierno ha perdido varios casos de fusiones en los últimos años, no se debió a un rechazo judicial de la noción de probabilidad.

El Dr. Jenny amplió sus comentarios anteriores sobre los supuestos que hay que hacer. Sostuvo que en cualquier caso de abuso uno debe suponer que la empresa buscaba maximizar sus ganancias; uno comienza con este supuesto de racionalidad y lo aplica a una empresa dominante. En Europa, los jueces encuentran que esto es un poco inquietante. Para el Dr. Jenny, sólo hay un área donde los jueces no parecen tener un problema: la depredación. La depredación es una práctica anticompetitiva si se supone que

quien la realiza es, de hecho, racional: está perdiendo dinero para eliminar la competencia. Según el Dr. Jenny, la razón por la que los jueces no tienen dificultades con la depredación no tiene nada que ver con el hecho de que aceptan el supuesto de que las personas que la están haciendo sean racionales; más bien, tiene que ver con el hecho de que se la percibe como groseramente injusta.

El juez Ginsburg consideró la tercera pregunta. Sostuvo que si los jueces no entienden el análisis económico, entonces no saben si es porque no fue bien explicado o porque es inexplicable; de cualquier manera tiene que ser rechazado.

Según el delegado de Estados Unidos, algunos abogados prefieren evitar toda la economía del argumento económico y pasar de los hechos a la conclusión. Pero el juez generalmente quiere escuchar la economía, quiere tratar de comprenderla y con frecuencia puede entenderla si se la explica adecuadamente. Se presenta que casi nunca es apropiado dejar fuera ninguna de las cuestiones económicas. No obstante, debe simplificarse, especialmente en términos de lenguaje.

El Presidente pasó a las siguientes preguntas. Estas incluyen lo siguiente:

- ¿Hay algo que se pueda hacer con el proceso o el formato que maximice la posibilidad de que los argumentos sean bien explicados y que el juez los comprenda mejor?
- ¿Cuál es más probable que arroje más luz sobre los problemas, un sistema acusatorio o uno inquisitivo?
- ¿Debería uno tener presentaciones escritas u orales por un abogado o por economistas?
- ¿Qué puede decirse del rol de economistas nombrados por el tribunal en contraposición a los economistas propuestos por las partes?
- ¿Y del concepto de tutoriales básicos?

El juez Ginsburg declaró que la mejor manera de calibrar las presentaciones económicas a las necesidades del tribunal es comenzar con el nivel más básico posible, haciendo que el tribunal indique cuándo está listo para seguir adelante. Este enfoque sería mucho menos arriesgado que ser demasiado sofisticado y correr el riesgo de que el tribunal sienta vergüenza o timidez al hacer preguntas. Sobre el asunto de los expertos designados por los tribunales, el juez Ginsburg señaló que las normas de Estados Unidos permiten que un tribunal de primera instancia designe a un experto y que este procedimiento es relativamente indiscutible cuando se realiza de conformidad con las normas aplicables (es decir, de forma transparente): las partes saben quién es el experto; el experto del tribunal hace una presentación o presenta algo por escrito y lo comparte con las partes. Sin embargo, el juez Ginsburg señaló que un importante jurista sugirió en un par de ocasiones que un tribunal de apelación también debería poder recurrir a sus propios expertos, ya sea a través del sistema judicial quedándose con expertos para tal fin o de manera puramente ad hoc, en un caso particular. Se sugirió que tal idea no sería práctica: el proceso de apelación podría llegar a ser tan elaborado y tan repetitivo de lo que se había hecho en el tribunal de primera instancia que podría no valer la pena el esfuerzo involucrado.

El Dr. Jenny consideró las preguntas tales como se aplicarían a Francia. En Francia no existe una elección real entre presentación escrita y oral: cualquier argumento que no se haya redactado en las conclusiones no es considerado pertinente. El proceso debe

comenzar con una presentación escrita. Luego, la atención se centra en cómo intervienen los economistas o expertos. La experiencia del Dr. Jenny es que, por lo general, es mucho mejor cuando es el abogado el que comprende el argumento económico. La razón principal de esto es que el abogado es conocido por el tribunal y generalmente sabe cómo hablar ante el tribunal mejor que los economistas. El Dr. Jenny señaló que cuando la evidencia económica comenzó a utilizarse en los casos antimonopolio, los economistas estaban dispuestos a discutir casi cualquier cosa y que no había control de calidad con respecto a sus presentaciones. Con el tiempo, algunos de estos economistas desarrollaron una reputación por discutir cualquier cosa; en consecuencia, ningún juez quería escucharlos. El Dr. Jenny subrayó el hecho de que lleva tiempo perfeccionar el campo para que sea auto disciplinado.

La Dra. Csorgo opinó sobre el economista designado por el tribunal. En Canadá existen reglas que intentan hacer que el nombramiento sea transparente. El informe del experto designado por el tribunal está disponible y las partes y los miembros del tribunal pueden interrogar al economista. De hecho, en Canadá están disponibles todas las presentaciones escritas y orales de los economistas de las partes, así como los argumentos de los economistas designados por los tribunales. El proceso es acusatorio, a pesar de que se lleva a cabo frente a un tribunal especializado. La Dra. Csorgo cree que este proceso funciona bien. En los casos en que no existen tribunales especializados, se ha señalado que sería muy útil proporcionar a los jueces preguntas para poner a prueba la credibilidad de los expertos, como lo sugirió el Dr. Jenny.

El Presidente observó que la comunicación de Alemania se refiere a la posibilidad de expertos designados por los tribunales. El Presidente solicitó a la delegación alemana abordar la cuestión de si la agencia de competencia puede hacer algo para apoyar al juez, ya sea en la elección del experto o en la definición de un mandato del experto para ayudar en el proceso.

El delegado de Alemania respondió que la autoridad de competencia alemana (el *Bundeskartellamt*) considera que es importante que el tribunal nombre a un experto experimentado y neutral. En Alemania, las decisiones se recurren ante un tribunal especializado en primera y segunda instancia, pero los jueces generalmente sólo tienen formación legal, en oposición a económica. Se afirmó que, en principio, el *Bundeskartellamt* y sus economistas están probablemente más cerca del mundo de la economía y de quienes podrían comparecer ante tribunales como expertos. En consecuencia, podrían ayudar a encontrar expertos y asesorar a los tribunales acerca de qué expertos tienen conocimientos y experiencia más profundos sobre un tema determinado. En cuanto a las preguntas que podrían formularse, el delegado de Alemania sostuvo que es vital que se formulen las preguntas de la forma más precisa posible y se definan los hechos y datos que deberían emplearse como base para el análisis, a fin de garantizar que los hallazgos del experto puedan ser verificados en una etapa posterior.

El Presidente destacó que muchas agencias de competencia tienen experiencia económica interna y tienen la opción de utilizar su experiencia interna para presentar la evidencia o contratar a un experto externo. Señaló que la presentación de la autoridad portuguesa enfatiza el hecho de que utilizan exclusivamente expertos internos. El Presidente pidió al delegado portugués que explicara con detalles el uso de expertos internos.

El delegado de Portugal proporcionó el ejemplo de un caso relativo a un cártel de la sal en Portugal. En este caso, la autoridad de competencia portuguesa encontró pruebas contundentes del cártel después de redadas al amanecer en cuatro empresas que controlaban el 80% del mercado. Además de esta evidencia contundente, la autoridad también halló pruebas bastante sólidas sobre el esquema de compensación que esas empresas habían establecido dentro del cártel. Esta evidencia permitió a la autoridad calcular de una manera simple, intuitiva y matemáticamente razonable, los beneficios económicos que estos emprendimientos obtuvieron de esa conducta. Esta sencillez se mantuvo en los tribunales para evitar el uso de un lenguaje económico difícil. Según el delegado de Portugal, incluso si una de las partes presentaba un método alternativo de una manera más técnica en los tribunales, por razones relacionadas con la comprensión, la posición de la autoridad no sólo era confirmada en primera instancia sino también en apelación.

Luego, el Presidente pidió al delegado de Corea que resumiera brevemente la experiencia de la Comisión de Comercio Justo de Corea (KFTC) sobre los pros y los contras del uso de expertos económicos externos.

El delegado de Corea señaló que en 14 casos entre 2005 y 2007 la KFTC utilizó expertos externos. El uso de expertos externos tiene varios méritos, especialmente cuando la evidencia económica es crucial para decidir un caso pendiente. En general, el juez tiende a confiar en terceras partes en lugar del personal interno de la KFTC. En otras palabras, el uso de expertos externos es más útil para asegurar la credibilidad de la evidencia económica presentada por la KFTC. Según el delegado de Corea, a fines de 2005, la KFTC creó una nueva unidad llamada Equipo de Análisis Económico, que está compuesta por varios economistas con el fin de reforzar capacidades relativas al análisis económico. Pero actualmente la KFTC no cuenta con suficiente personal interno para realizar sus análisis económicos. La KFTC ha experimentado problemas al obtener ayuda de expertos externos, en particular como resultado de la limitada opción de economistas disponibles. El presupuesto relativamente pequeño de la KFTC, particularmente en comparación con el de la parte contraria, también es un factor negativo.

El Presidente solicitó comentarios del Reino Unido sobre las cuestiones planteadas.

El delegado del Reino Unido declaró que el mensaje crítico en la presentación del Reino Unido era "mantenlo simple". Diez principios se establecen en esa presentación; incluyen la idea de utilizar un lenguaje simple y no técnico, así como asegurarse de que el caso económico esté bien alineado con el caso legal. Se ha afirmado que uno tiene que asegurarse de que la teoría económica esté bien fundada en la evidencia del caso. Se presentaron dos citas judiciales para ilustrar que los jueces pueden estar confundidos por la evidencia económica. Para el delegado del Reino Unido, todos los argumentos económicos deben ser probados hasta la destrucción por colegas que se concentrarán en si tales argumentos son comprensibles para el juez; no se debe asumir ninguna comprensión.

El delegado del BIAC<sup>4</sup> intervino y señaló que BIAC ha elaborado una lista que es bastante similar a la lista contenida en la presentación del Reino Unido; contiene diez recomendaciones "simples". En particular, recomienda una presentación simple de la evidencia económica que apela a la lógica de la corte y que se alinea con la intuición. El

---

<sup>4</sup> i.e. *The Business and Industry Advisory Committee to the OECD*.

delegado de BIAC señaló que ha habido casos donde los economistas han intentado postular una teoría o han intentado demostrar cierta metodología que no estaba alineada con el análisis legal, y que esto es algo que debe evitarse. Si los economistas se basaran en teorías robustas y no en teorías que no han sido aceptadas por un gran número de sus pares, entonces, de acuerdo con BIAC, las posibilidades de fracaso en el tribunal definitivamente se reducirían. A un nivel más general, BIAC afirmó que es importante que los tribunales adopten la economía: la economía es importante en muchos casos, ya que puede mostrar dónde está el daño o la ausencia de daño. BIAC estaría a favor de medidas generales y específicas que mejorarían la recepción de pruebas económicas por parte de los tribunales.

El Presidente agradeció a BIAC por su presentación y pidió a los panelistas sus comentarios finales.

La Dra. Csorgo estuvo de acuerdo en que la teoría económica debería basarse claramente en la evidencia. Sin embargo, lo que también tiene un valor (ciertamente menor) es la evidencia que de alguna manera no es relevante para el asunto en cuestión. Esta evidencia tiene mérito porque hay muchos hechos que se descartan y que añaden un color interesante a un asunto. El economista experto puede desempeñar un papel al resaltar por qué cierto conjunto de información, por interesante que sea, no es pertinente en lo que se trata de decidir y explicar.

El Dr. Jenny señaló que, a pesar de que hay dificultades para presentar evidencias económicas a los jueces, ha habido avances en esta área. Los jueces quieren entender; no es el caso que sean estrechos en su forma de pensar. Pero les preocupa la metodología, y les gustaría poder entender mejor y participar mejor en el debate. Para el Dr. Jenny, esto es algo positivo.

El juez Ginsburg se refirió al punto planteado por el Reino Unido sobre no presionar argumentos novedosos o argumentos que no han resistido una buena cantidad de escrutinio en los últimos años. El derecho de competencia es inusual y tal vez único, ya que incorpora por referencia el cuerpo de aprendizaje y las ciencias sociales que está inherentemente sujeto a evolución, avances futuros y falta de confirmación de las hipótesis a medida que avanzamos. Los abogados están inclinados a usar cualquier argumento que les permita ganar. El juez Ginsburg señaló que una responsabilidad importante de las agencias de competencia es no permitir que sus abogados evoquen argumentos económicos esencialmente novedosos; no sirve a la ley ni al derecho competitivo tomar decisiones basadas en el número más reciente de una revista de economía, sólo para rechazar esas opiniones unos años más tarde.

El Presidente agradeció a las delegaciones por sus presentaciones, así como a los tres panelistas y concluyó la Mesa Redonda.