



Sistema Económico
Latinoamericano y del Caribe
Latin American and Caribbean
Economic System

Sistema Económico
Latino-Americano e do Caribe
Système Economique
Latinoaméricain et Caribéen

Fundamentos de la eficacia institucional en materia de competencia

Copyright © UNCTAD, julio de 2011. Todos los derechos reservados.
Impreso en la Secretaría Permanente del SELA, Caracas, Venezuela.

The Press and Publications Department of UNCTAD must authorize reproduction of this document, whether totally or partially, through unctad@unctad.org. The Member States and their government institutions may reproduce this document without prior authorization, provided that the source is mentioned and the Secretariat is aware of said reproduction.



Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe
Latin American and Caribbean Economic System
Sistema Económico Latino-Americano e do Caribe
Système Economique Latinoaméricain et Caribéen



GRUPO DE TRABAJO SOBRE COMERCIO Y COMPETENCIA DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE

I Reunión, 4-5 de julio de 2011, Bogotá, Colombia

Fundamentos de la eficacia institucional en materia de competencia

Resumen

La política de competencia se refiere a la política gubernamental de preservar o promover la competencia entre los participantes del mercado y fomentar otros procesos y políticas gubernamentales que permitan el desarrollo de un entorno competitivo.

La diferencia de entornos sugiere que el diseño del régimen de competencia también debería ser diferente. Sin embargo, algunos rasgos caracterizan a los organismos reguladores públicos eficaces. Entre estas características están la independencia, transparencia y rendición de cuentas, lo que garantiza el debido proceso, la disponibilidad de recursos en proporción con el mandato, un personal bien preparado, capacitado y no corrupto y un proceso de apelación de alto nivel y libre de corrupción. La discusión más reciente sobre los organismos encargados de la competencia sugiere que la evaluación también es necesaria. Entre los procesos internos, la definición de objetivos y prioridades, la asignación adecuada de recursos y la toma de decisiones efectiva son necesarias para que una institución encargada de la competencia sea eficaz.

La primera sección se refiere a la eficacia de una institución encargada de la competencia y las dos siguientes secciones abordan los distintos factores que conforman las bases de la eficacia institucional en materia de competencia. La mayor parte de las tres primeras secciones se aplican a los países en desarrollo y desarrollados y a los organismos encargados de la competencia, mientras que las dos últimas se centran en los organismos más recientes encargados de la competencia y las instituciones responsables de la competencia que no tienen un importante apoyo político o financiero.

Contenido

I. Introducción	3
II. ¿Qué hace que una institución encargada de la competencia sea eficaz?	3
III. Diseño institucional	6
IV. Procesos internos	9
V. Desafíos especiales para instituciones más recientes encargadas de la competencia	11
VI. Instituciones encargadas de la competencia sin respaldo político ni financiero	17
VII. Temas de discusión	18

I. Introducción

La política de competencia se refiere a la política gubernamental para preservar o promover la competencia entre los participantes del mercado y fomentar otros procesos y políticas gubernamentales que permitan el desarrollo de un entorno competitivo. Para que la política y las instituciones encargadas de la competencia promuevan eficazmente sus objetivos, deben surgir en el entorno político, social y económico en el que se desenvuelven. Esos entornos son muy diferentes. En algunos países o territorios, los empresarios y el gobierno valoran los objetivos de la competencia y respetan a las instituciones, y otros objetivos de la sociedad se basan en la competencia. En otros países, los empresarios y funcionarios del gobierno están aprendiendo a adaptarse a un régimen de competencia y a valorar sus objetivos, aun cuando la ley no esté totalmente adaptada a la estructura jurídica, económica e institucional. En otros lugares, la institución encargada de la competencia no cuenta con respaldo político ni económico y lucha por obtener reconocimiento y respeto, al quedar desplazada por un programa de ajuste estructural.

La diferencia de entornos sugiere que el diseño del régimen de competencia también debería ser diferente. Sin embargo, algunos rasgos caracterizan a los organismos reguladores públicos eficaces. Entre estas características están la independencia, transparencia y rendición de cuentas, lo que garantiza el debido proceso, la disponibilidad de recursos en proporción con el mandato, un personal bien preparado, capacitado y no corrupto y un proceso de apelación de alto nivel y libre de corrupción. La discusión más reciente sobre los organismos encargados de la competencia sugiere que la evaluación también es necesaria. Entre los procesos internos, la definición de objetivos y prioridades, la asignación adecuada de recursos y la toma de decisiones efectiva son necesarias para que una institución encargada de la competencia sea eficaz. Estos temas se discuten a continuación.

La primera sección se refiere a la eficacia de una institución encargada de la competencia y las dos siguientes secciones abordan los distintos factores que conforman las bases de la eficacia institucional en materia de competencia. La mayor parte de las tres primeras secciones se aplican a los países en desarrollo y desarrollados y a los organismos encargados de la competencia, mientras que las dos últimas se centran en los organismos más recientes encargados de la competencia y las instituciones responsables de la competencia que no tienen un importante apoyo político o financiero.

Las fuentes de información son las comunicaciones de los Estados Miembros, una nota del Sr. Khalil Mirza,¹ el trabajo realizado por la Red Internacional de Competencia y algunos documentos de profesionales académicos.

¹ Resumen de mesa redonda sobre “Los fundamentos de la eficacia institucional”. 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, 8-12 de noviembre de 2010.

II. ¿Qué hace que una institución encargada de la competencia sea eficaz?

Una institución encargada de la competencia es eficaz cuando alcanza tautológicamente sus objetivos mediante el uso adecuado de los recursos. El diseño y las capacidades del organismo influyen en la eficacia de sus decisiones y su capacidad para imponer la observancia de las sanciones y recursos legales. Sin embargo, una institución encargada de la competencia no es más que un actor en un entorno en el que otros ministerios y organismos gubernamentales, el poder judicial, la comunidad empresarial, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y el público en general toman medidas para alcanzar sus propios objetivos. La eficacia de un organismo se ve afectada por el entorno en el que se encuentra, y parte de su eficacia puede ser juzgada por la manera en que éste modifica su entorno.

Para evaluar la eficacia, valdría la pena plantearse dos interrogantes: ¿Las intervenciones del organismo generaron buenos resultados, de acuerdo con los objetivos de la ley de competencia? y ¿Los procesos del organismo condujeron a una asignación adecuada de recursos para promover el cumplimiento de los objetivos de la ley?² La evaluación de la eficacia, a través de la búsqueda minuciosa de las deficiencias (y de cómo podrían subsanarse), requiere un examen reiterado y regular de los procesos y resultados. La evaluación del desempeño es una parte de la eficacia.

La evaluación es particularmente importante para los organismos encargados de la competencia por varias razones. En primer lugar, porque sus decisiones se toman sobre la base de informaciones incompletas e incertidumbre. Algunas decisiones son hasta cierto punto experimentales—buscan comprobar si las hipótesis son verdaderas—y la evaluación es necesaria para entender si una determinada política de aplicación ciertamente conduce a los objetivos de la ley. La experimentación es necesaria para alcanzar la política de observancia correcta en un entorno determinado. En segundo lugar, porque los terceros tienen menos información que el organismo y las partes involucradas en materia de competencia. La publicación de la propia evaluación del organismo facilita la evaluación del organismo por parte de terceros. En tercer lugar, porque la evaluación genera nuevas hipótesis en la economía y, por consiguiente, el desarrollo de los fundamentos de la política de competencia.

Las medidas coercitivas no deberían ser el único foco. Las acciones y omisiones de otras partes del gobierno pueden fomentar u obstaculizar el logro de los objetivos de la ley y la política de competencia, pero a menudo están fuera del alcance de la ley de competencia. Sin embargo, los estudios, las audiencias y las presentaciones ante sus audiencias pueden influir en el pensamiento y, por consiguiente, en las acciones de otros actores

² Kovacic, W.E. (2005) "Using evaluation to improve the performance of competition policy authorities" en "Evaluation of the Actions and Resources of the Competition Authorities", DAF/COMP(2005)30, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf>, que inspiró el siguiente párrafo, y UNCTAD (2007) "Criteria for Evaluating the Effectiveness of Competition Authorities" TD/B/C1/CLP.59.

gubernamentales. Muchas más empresas se abstienen de incurrir en conductas anticompetitivas que arriesgarse a ser procesadas. Además, el éxito en convencer a los jueces de la exactitud de las decisiones del organismo encargado de la competencia en el marco de la revisión judicial afecta directamente la vigencia o no de las decisiones del organismo. Por lo tanto, la medición de la eficacia a través de los resultados incluye una evaluación del efecto persuasivo de los estudios de la agencia encargada de la competencia, las observaciones presentadas ante las audiencias, los discursos y otros esfuerzos de persuasión. Sin embargo, un riesgo significativo de sanción a través de medidas coercitivas contra los cárteles parece una medida necesaria para alcanzar la observancia en este sentido.³

La evaluación puede llevarse a cabo como parte de la elaboración del informe anual o a través de una revisión por pares por parte de otras instituciones encargadas de la competencia y evaluaciones a posteriori. Por ejemplo, el Grupo Intergubernamental de Expertos de la UNCTAD y el Comité de Competencia y el Foro Mundial sobre Competencia de la OCDE realizan revisiones por pares voluntarias. Las comisiones parlamentarias y las oficinas de auditoría pueden ejecutar las evaluaciones.

Las evaluaciones a posteriori generalmente se centran en un aspecto específico de las actividades de un organismo. El estudio “Merger Remedies Study” (Estudio sobre recursos legales en fusiones),⁴ realizado por el personal de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, es un ejemplo de ello. Su objetivo era “revisar a posteriori” los recursos legales que había impuesto o aceptado en relación con las fusiones, “a fin de identificar las áreas donde se requieran mejoras adicionales en el futuro”. Se revisaron 40 casos y 96 recursos legales, por lo menos 3 a 5 años después de haber sido impuestos. Sin embargo, se identificó una dificultad de las evaluaciones a posteriori en otro estudio sobre el control de las fusiones⁵, realizado por consultores de la Comisión Europea: ¿Cuál es el análisis contrafáctico correcto? Decidieron “basarse en la expectativa que se habían formado algunos participantes calificados del mercado sobre la manera en que habría evolucionado el mercado, si el proyecto de fusión se hubiera materializado”, y utilizaron cuestionarios y retornos del mercado bursátil.

Su estudio también generó bajas tasas de respuestas de las empresas, porque éstas no tenían la obligación de responder, no veían ninguna ventaja en hacerlo y estaban preocupadas por la seguridad de los datos confidenciales de su negocio. Las evaluaciones a posteriori más pequeñas pueden ser más frecuentes y menos costosas. Por ejemplo, cuando un caso se pierde, una sesión informativa puede identificar qué salió bien y qué salió mal, y el aprendizaje puede ser incorporado en el manual interno.

³ Parker, C., P. Ainsworth y N. Stepanenko (2004), “ACCC enforcement and compliance project: The impact of ACCC enforcement activity in cartel cases”. Documento de trabajo de la Comisión de Competencia y Consumidores de Australia.

⁴ Personal de DG Competition, Comisión Europea (2005), “Merger Remedies Study. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

⁵ Estudio de LEAR para DG Competition, Comisión Europea (2006), “Ex-post Review of Merger Control Decisions”. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

Indonesia y Sudáfrica ofrecen ejemplos de evaluaciones de un “resultado” en lugar de una medida coercitiva. Estos organismos encargados de la competencia han hecho recomendaciones o presentado propuestas al gobierno sobre asuntos de política de competencia que allanaron el camino para varias reformas relacionadas con la legislación de competencia, causando de esta manera un efecto positivo en la economía.⁶

Brasil y Colombia señalaron que, para medir la eficacia, es necesario determinar hasta qué punto la autoridad ha sido capaz de cumplir con su misión. Se debe tener en cuenta el impacto que la existencia de la autoridad tiene sobre la situación competitiva en el país. Si la misión es mejorar la competitividad y el mercado sigue dominado por algunas empresas, ¿en qué medida, o después de cuánto tiempo de retraso, es legítimo cuestionar la eficacia de la autoridad?

La eficacia de determinadas autoridades de competencia puede ser difícil evaluar, debido a su reciente creación y al número limitado de casos que han llevado a la fase de ejecución. Tal es el caso de Pakistán, por ejemplo, en el que se subrayó la importancia de la evaluación objetiva de la labor realizada por la autoridad. Aunque en algunas ocasiones puede ser apropiado medir ciertos criterios específicos, tales como el lapso en que se manejan los casos, el hecho de que la atención se centre en el número de empresas que se han ajustado a derecho luego de una intervención por parte de la autoridad de competencia puede conllevar a que se preste más atención a los “insumos” o las “actividades” que a la posibilidad de que los “resultados” cumplan con los objetivos estratégicos.

La mayoría de los encuestados que respondieron a nuestra solicitud de información adicional entregaron una versión de evaluación a posteriori. Pakistán y Eslovaquia, por ejemplo, señalaron que habían hecho seguimiento a las empresas culpables de haber violado la ley de competencia en el pasado y los mercados en los cuales se habían descubierto acciones contrarias a la competencia. Sin embargo, como lo ilustra un informe de Turquía, se puede esperar que los participantes del mercado presenten otra denuncia si el problema en el sector afectado persiste después de una medida de defensa de la competencia.

Aunque muchos informes anuales muestran el número de casos iniciados, esto no puede ser un indicador particularmente bueno de eficacia. Algunos casos pequeños y de bajo perfil pueden ser más importantes para el desarrollo de la ley de competencia que los casos que encabezan titulares. Y otras actividades – promoción de la competencia, desarrollo de capacidades institucionales de análisis y procedimientos, etc. – pueden mejorar la eficacia tanto o más que los casos.

La evaluación se nutre de la fijación de prioridades y cambios internos para el futuro.

⁶ Véase UNCTAD "The importance of Coherence between competition and government policies" (TD/B/C.I/CLP.9), 2011

En resumen, una institución encargada de la competencia es efectiva cuando logra sus objetivos mediante el uso adecuado de sus recursos. Dos interrogantes son pertinentes: ¿Las intervenciones de la institución generaron buenos resultados? ¿La asignación de recursos de la institución promovió la realización de estos resultados? El entorno y el nivel de recursos a menudo están dados; las opciones de la institución determinan la eficacia. La evaluación es la herramienta para examinar los resultados de estas opciones. La evaluación de los casos, estudios, presentaciones ante audiencias, comunicaciones y otras actividades de promoción permiten identificar las opciones para mejorar la eficacia en el futuro.

III. Diseño institucional

El diseño de una institución eficaz encargada de la competencia tiene elementos de personalidad jurídica, de posición dentro del gobierno y la sociedad empresarial y de procesos internos diseñados para mantener la alta calidad del trabajo realizado. Los distintos elementos no son independientes, sino que se fusionan para garantizar, entre otras cosas, el debido proceso y los resultados adecuados en términos de los objetivos. Además de los elementos que se desarrollan a continuación – independencia, transparencia y rendición de cuentas, suficientes poderes y recursos de financiación en proporción con el mandato y dotación de personal preparado, capacitado y no corrupto – más allá de los límites de la institución encargada de la competencia, se requiere igualmente un proceso de apelación con funcionarios calificados y no corruptos.

Independencia

En el marco jurídico e institucional, se requiere un equilibrio para garantizar que la institución encargada de la competencia sea independiente, responda a las políticas generales del gobierno y sus decisiones estén sujetas a revisión, por lo general revisión judicial. Se requiere independencia de la interferencia política, particularmente en el trabajo diario y sobre la base de cada decisión, para garantizar que las decisiones y las actividades de defensa de la institución no estén politizadas ni sean discriminatorias o aplicadas de acuerdo con los objetivos de ciertos grupos de interés. El organismo encargado de la competencia también debe ser independiente de las influencias de los negocios. Se espera que las instituciones "independientes" sean objeto de supervisión por parte del gobierno y de un sistema de pesos y contrapesos. La habilitación de la legislación debería dar sentido legal a la independencia operativa de las autoridades, al prescribir funciones, poderes, la manera en que se designarán los miembros de la dirección y el personal, su ejercicio y destitución y la manera en que se financiará el organismo. Del mismo modo, debería establecerse la manera en que se relacionará la institución con los poderes ejecutivo y legislativo. Estos atributos garantizan la autonomía del organismo y establecen una relación plena con las autoridades políticas.

Varias garantías formales se han utilizado para lograr un equilibrio entre la independencia y la rendición de cuentas, tales como:

- Proporcionar a la institución encargada de la competencia una autoridad legal distinta, libre del control ministerial diario;
- Prescribir criterios profesionales bien definidos para los nombramientos;
- Involucrar a los poderes ejecutivo y legislativo en el proceso de nombramiento;
- Nombrar al Director General o a los miembros del Consejo/Comisión por un período determinado y prohibir su destitución (sujeta a revisión), excepto en los casos de causa justa claramente definida;
- En caso de que se haya elegido una estructura colegiada (Consejo/Comisión), alternar los nombramientos de los miembros para que éstos puedan ser reemplazados gradualmente por cada gobierno sucesivo;
- Proporcionar a la institución una fuente confiable y adecuada de financiación. De manera óptima, los cargos por servicios específicos se pueden utilizar para financiar al organismo encargado de la competencia para aislarlo de la interferencia política a través del proceso presupuestario;
- Eximir a la institución encargada de la competencia de los límites de salario de la administración pública para atraer y retener al mejor personal calificado y garantizar incentivos adecuados al buen gobierno; y
- Prohibir al poder ejecutivo que invalide las decisiones de la institución encargada de la competencia, excepto a través de canales cuidadosamente diseñados como una nueva legislación o apelaciones a los tribunales sobre la base de la legislación vigente.

En la actualidad, un creciente número de autoridades de competencia de todo el mundo son independientes del control ministerial; menos de la mitad son organismos dependientes. Ciento doce países⁷ han establecido autoridades de competencia y más de la mitad son independientes de los ministerios. Además, se ha registrado un aumento constante en el número de organismos autónomos encargados de la competencia en los últimos 20 años. Veintidós de las instituciones independientes se encuentran en los países en desarrollo y las economías en transición.

La independencia financiera puede recorrer un largo camino antes de garantizar la independencia de los objetivos y las actividades. Un posible acuerdo de financiación puede ser un autofinanciamiento a través de una pequeña cuota, como la adoptada por Turquía. La dependencia de las asignaciones presupuestarias inciertas, especialmente durante los períodos de austeridad fiscal, puede debilitar la capacidad y aumentar las posibilidades de influencia política.

Rendición de cuentas

La independencia de la institución encargada de la competencia debe estar en equilibrio con la rendición de cuentas. Los políticos, los medios de

⁷ Véase UNCTAD Handbook on national competition agencies disponible en http://www.unctad.org/en/docs/ditccplp20072_en.pdf

comunicación, la opinión pública y la comunidad empresarial deben conocer a los responsables de las decisiones y las razones por las cuales las tomaron. Las partes interesadas deben ser capaces de proporcionar información relevante sobre una decisión a través de procesos de consulta. Deben ser capaces de obtener una compensación de manera fácil y rápida, si la institución encargada de la competencia ha actuado de manera arbitraria o incompetente. Estos tipos de medidas preventivas generan un equilibrio entre la independencia y la rendición de cuentas. Se han tomado varias medidas formales para alcanzar este equilibrio, tales como:

- Publicar la ley y los estatutos de la institución encargada de la competencia que especifican claramente las funciones, responsabilidades, derechos y obligaciones del organismo, así como diferenciar entre los objetivos de regulación primarios y secundarios cuando existen múltiples objetivos;
- Garantizar que las decisiones de la institución encargada de la competencia se sometan a revisión por parte de los tribunales o alguna otra entidad no política. No obstante, debería establecerse un límite para desechar los desafíos frívolos que simplemente retrasan la aplicación de las decisiones;
- Exigir que la institución encargada de la competencia publique informes anuales sobre sus actividades y solicitar una revisión formal de su desempeño por parte de auditores independientes o comités de supervisión de la legislatura;
- Establecer normas para la destitución de los miembros de la Junta Directiva, si existen evidencias de mala conducta o incompetencia;
- Permitir que todas las partes interesadas presenten sus propuestas sobre asuntos objeto de revisión al organismo encargado de la competencia; y
- Dar instrucciones para que la institución encargada de la competencia publique sus decisiones fundamentadas.

Transparencia

La transparencia aumenta la confianza de las partes interesadas en la eficacia y la independencia de la institución encargada de la competencia y refuerza su legitimidad. En consecuencia, todas las reglas y políticas, los principios para formular reglamentos y las decisiones y acuerdos sobre regulación deben ser un asunto de interés público.

La transparencia puede ser una bendición tanto para la institución encargada de la competencia como para el público y las empresas. La publicación de decisiones y justificaciones y la realización de consultas y audiencias públicas pueden ayudar a las instituciones encargadas de la competencia a crear consenso en torno a sus decisiones e inocularlas contra los cargos de que han dictado resoluciones arbitrarias a puerta cerrada.

La transparencia es un factor determinante para el buen gobierno en general. Es importante destacar que la transparencia reduce la probabilidad de que las partes interesadas, especialmente las que se vean afectadas por las

resoluciones de una ley de competencia, crean que las decisiones son sesgadas, arbitrarias o discriminatorias. La justificación de las resoluciones de la legislación de competencia, incluyendo los principios y las pruebas que las sustentan, será aparente cuando las decisiones sean claramente del dominio público. Las decisiones discriminatorias o corruptas resultan evidentes y más difíciles de justificar cuando se establecen procesos transparentes.

Por otra parte, la transparencia tiene que ser limitada. Gran parte de la información sobre la cual se toman decisiones en los casos es comercialmente sensible, y debe ser protegida de los competidores, proveedores y clientes. Es necesario examinar la información pública que se divulga para proteger los secretos de negocios. La divulgación prematura de la información también puede afectar el éxito de algunas actividades de la institución encargada de la competencia, tales como las investigaciones sobre cárteles.

Un mercado exitoso que atrae a inversionistas exige seguridad jurídica. Los organismos independientes encargados de la competencia son previsibles si se adhieren al estado de derecho. Las características más importantes del estado de derecho son el respeto a los precedentes y al principio de *stare decisis*, en particular en las jurisdicciones de derecho común. El respeto a los precedentes significa que la institución encargada de la competencia no refuta las decisiones de política, a menos que existan pruebas de que esas decisiones han dado lugar a problemas importantes o que las nuevas circunstancias justifiquen un cambio en las reglas. Los principios de *stare decisis* requieren que los casos que contemplan los mismos hechos subyacentes se decidan de la misma manera siempre.

Facultades de aplicación de la ley

La institución encargada de la competencia debe tener garras. Esto requiere no sólo una descripción clara y formal de sus facultades de aplicación de la ley, sino también la capacidad y voluntad de ejercer su autoridad y hacer cumplir sus decisiones. Las instituciones encargadas de la competencia necesitan tener las facultades para investigar de manera efectiva, que incluyen recopilar información de manera oportuna e imponer – o exigir ante un tribunal que se impongan – las sanciones por incumplimiento. Necesitan tener la facultad de ordenar una determinada conducta en el área de competencia e imponer sanciones o introducir una demanda ante el tribunal para que éste ordene una determinada conducta o imponga sanciones. Muchos organismos encargados de la competencia tienen la facultad de comprometerse a no imponer sanciones a cambio de información sobre los carteles a través de programas de indulgencia.

Dotación de personal y recursos financieros

La escasez de habilidades, los bajos salarios del sector público y los riesgos de corrupción y captura ponen en peligro la eficacia de los organismos encargados de la competencia, especialmente en los países en desarrollo.

La escasez de habilidades ocurre en cualquier lugar donde el derecho y la economía de la competencia sean nuevos, incluso en los países de ingresos medios. Una formación específica y, a largo plazo, las relaciones con las universidades son los métodos utilizados en algunos países.

Los funcionarios públicos en general ganan menos que sus equivalentes del sector privado. Muchos países en desarrollo han experimentado descensos en el salario real que devengan los empleados del sector público durante los últimos años. Esto tiene efectos previsibles en la contratación y retención de personal altamente calificado en el sector público, particularmente en áreas especializadas como la observancia de la competencia.

El riesgo de corrupción y captura en los países en desarrollo es un tema problemático. La evidencia empírica y la teoría de que los bajos salarios del sector público fomentan la corrupción se mezclan. En algunas jurisdicciones, la práctica de los miembros a tiempo parcial de la junta de comisionados a cargo de la competencia procedentes de miembros principales del sector privado puede plantear problemas relacionados con la imparcialidad y la independencia, que no siempre pueden resolverse mediante la denuncia de casos donde exista un conflicto de intereses.

Los recursos financieros rara vez se consideran como suficientes para el mandato de la institución encargada de la competencia. Si bien la aplicación de tarifas para, por ejemplo, fusiones por encima de un valor umbral de notificación puede considerarse como un mecanismo para incrementar los recursos financieros, también puede someter al organismo a variaciones impredecibles. Una parte de las multas impuestas puede plantear interrogantes sobre conflictos de intereses. La dependencia de las subvenciones de un presupuesto ministerial puede plantear asuntos de independencia de la dirección ministerial. En la práctica, existen amplias variaciones en el presupuesto anual de los organismos encargados de la competencia, aunque es difícil compararlas, ya que tienen distintos mandatos, por ejemplo, la inclusión o no de la protección al consumidor o las áreas de política de ayudas estatales.

IV. Procesos internos

Establecer objetivos y prioridades, asignar recursos y garantizar que las actividades sean eficaces para alcanzar estos objetivos han sido identificados como los procesos principales de una institución eficaz encargada de la competencia.⁸

Los objetivos generales de la institución aparecen generalmente en la legislación, pero la institución tiene que identificar los objetivos más específicos para orientar las decisiones de asignación de recursos de su personal y permitir que las comunidades políticas y de negocios comprendan

⁸ Red Internacional de Competencia (2009), "Seminar on competition agency effectiveness", Grupo de Trabajo sobre Políticas de Competencia. Es la fuente principal de gran parte del material de esta sección.

y juzguen la elección. Algunos ejemplos incluyen: liberalizar determinados sectores o reducir sustancialmente la conducta contraria a la competencia en determinados sectores, emprender acciones para que la comunidad de negocios tenga más conciencia de los méritos de la competencia o dar un duro golpe a los cárteles.

Estos objetivos pasan a formar el marco de un programa de trabajo, que en general asigna los recursos entre las actividades y establece prioridades.

El proceso de priorización se ejecuta de manera diferente en los distintos organismos. Dos métodos comunes incluyen establecer valores umbrales para la revisión de fusiones o abrir una investigación y elegir sectores específicos en los cuales se concentran los esfuerzos durante un período determinado. Otro método es llevar a cabo un análisis modificado de costo/beneficio: Vale la pena considerar los (i) efectos sobre el bienestar de los consumidores en el mercado en el cual se lleva a cabo la intervención; (ii) la importancia estratégica del trabajo; (iii) la probabilidad de un resultado exitoso; y (iv) los costos de recursos. Sin embargo, puede ser difícil calcular de antemano cuáles actividades tendrán la mayor importancia en el largo plazo. En los casos en que los organismos tienen una alta proporción de actividades de observancia obligatoria, tales como notificaciones de fusiones o quejas, tienden a desarrollar herramientas para abordar superficialmente los temas que claramente no representan problemas de competencia. Los plazos legalmente vinculantes pueden imponer la eficacia.

Las instituciones más recientes y pequeñas encargadas de la competencia pueden tener dificultades particulares en el establecimiento de estrategias y prioridades. Carecen de recursos, facultades de investigación, un entorno empresarial con una “cultura de la competencia” y pueden estar más sujetas a presiones políticas. Por otra parte, el reducido número de actividades facilita la supervisión por parte de la gerencia.

La asignación de recursos está relacionada no sólo con el establecimiento de prioridades (“¿Cuáles actividades de promoción o ejecución no llevamos a cabo y cuáles sí?”), sino también con la asignación de individuos a diferentes funciones para promover la motivación y el desarrollo.

Los organismos encargados de la competencia necesitan personal altamente calificado, pero no pueden competir con los salarios del sector privado. Por lo tanto, motivan y retienen al personal con otros incentivos, tales como una formación de alta calidad, la oportunidad de participar en el área académica y un mayor equilibrio entre trabajo y vida. La rotación excesiva de personal puede dar como resultado un exceso de graduados sin experiencia en la institución, lo que da una “ventaja estructural de personal” a las firmas de abogados frente a las instituciones en litigio, pero una rotación insuficiente puede llevar al estancamiento. La capacitación en áreas como gestión de proyectos, procedimientos y técnicas de comunicación y promoción puede complementar la formación académica de los abogados y economistas que predominan en muchas instituciones.

La evaluación de la eficacia de las decisiones, promoción, estudios y directrices, con el fin de identificar las mejoras, fue el tercer gran proceso interno que se identificó en el seminario de la RIC. Este tema se incluyó en la parte 1

En la mayoría de las jurisdicciones, los legisladores eligen supervisar mediante revisión judicial. Se conoce ampliamente que la revisión judicial independiente de las decisiones de las autoridades de competencia, ya sea a través de los tribunales ordinarios o de los tribunales administrativos, es conveniente en aras de la imparcialidad y la integridad de la toma de decisiones. La mayoría de las jurisdicciones parece favorecer una revisión de los procedimientos de los casos de competencia (Red Internacional de Competencia (RIC), 2003), según la cual el órgano de apelación se limita a una consideración de la ley, incluyendo una revisión de los procedimientos adoptados por las autoridades de competencia en el ejercicio de su investigación y toma de decisiones, en lugar de un examen *de novo* de las pruebas y los argumentos jurídicos. En consecuencia, la intención no es que los tribunales sustituyan su propia apreciación, sino que se dilucide si la autoridad de competencia ha abusado de su poder discrecional. Los motivos de la revisión a menudo incluyen la falta de jurisdicción, error de procedimiento y error de derecho, argumentos defectuosos, error manifiesto de apreciación y error de hecho. En este contexto, la revisión judicial es generalmente considerada como un proceso en fase terminal, en el cual se dicta una sentencia sobre la base de los resultados o las acciones ya tomadas. Se trata de las decisiones ya adoptadas por la autoridad de competencia, ya sea que el poder de decisión recaiga en el presidente ejecutivo, una junta de comisionados o un órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial en la forma de un tribunal de competencia especializado (como ocurre, por ejemplo, en Brasil, Perú, Sudáfrica y el Reino Unido). La RIC (2003) afirma que las estructuras de toma de decisiones en las cuales los procesos de investigación y arbitraje están estrictamente separados tienen más probabilidades de pasar la prueba en la revisión judicial que los sistemas en los cuales se combinó el ejercicio de estas funciones. En este sentido, el desafío constitucional que representa la falta de separación entre las funciones de arbitraje y las funciones de investigación de conformidad con la Ley de Competencia Justa de Jamaica lo corrobora.

En el contexto de la revisión judicial, cabe destacar que en muchos países la revisión judicial se limita a los tribunales administrativos o el tribunal administrativo es el tribunal de primera instancia (por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela, Colombia, Croacia, Letonia, Túnez y Turquía). En algunas jurisdicciones, se han constituido tribunales especializados de apelación en materia de competencia (por ejemplo, Dinamarca, Singapur, Sudáfrica y el Reino Unido). Hay casos en los cuales las decisiones de la revisión de competencia pueden ser revocadas por el poder ejecutivo en situaciones excepcionales (por ejemplo, Croacia). Sin embargo, en el caso concreto de Croacia, la disposición particular de la Ley General de Procedimientos Administrativos General será modificada a petición de la Comisión Europea.

V. Desafíos especiales para instituciones más recientes encargadas de la competencia

Una encuesta⁹ realizada por la Red Internacional de Competencia, una red de organismos encargados de la competencia, destacó las siguientes dificultades para las autoridades de competencia más recientes:

- La legislación fue insuficiente en términos de no abordar adecuadamente las conductas contrarias a la competencia en la economía nacional y de no permitir la observancia efectiva por parte de la institución.
- La cooperación y la coordinación con ministerios de gobierno y otros organismos reguladores no fueron suficientes.
- El presupuesto no fue lo suficientemente abultado como para que la institución funcionara de manera eficaz.
- Los profesionales calificados fueron muy pocos, bien sea porque estaban fuera del país o porque no se vieron atraídos por la institución en vista de las estructuras salariales que ofrece la función pública.
- El poder judicial no estaba familiarizado con la ley de competencia y su economía.
- No se ha desarrollado una “cultura de la competencia” entre la comunidad empresarial, gobierno, medios de comunicación y público en general.

Muchos de estos asuntos están relacionados. Por ejemplo, la falta de una “cultura de la competencia” conduce comprensiblemente a una legislación inadecuada, falta de cooperación por parte de otras instituciones del gobierno, un presupuesto agobiante y un poder judicial no capacitado.

La encuesta descubrió que prácticamente todas las instituciones encargadas de la competencia que participaron en el estudio estaban buscando o habían modificado la legislación para resolver los problemas prácticos y específicos de las prácticas nacionales de negocios. De acuerdo con la encuesta, la cooperación y la coordinación fueron insuficientes, tal como se evidencia a partir de la reciente introducción de la ley de competencia sin las cláusulas necesarias para contrarrestar la legislación anterior. Las respuestas variaron desde negociación y cabildeo hasta memorandos de entendimiento entre las agencias reguladoras y obtención de los cambios necesarios en la legislación. El asunto de los bajos presupuestos se abordó de diferentes maneras, al racionalizar la tramitación de casos, limitar los casos de oficio y, de ser posible, cobrar tarifas por el trabajo realizado. La rotación de personal calificado se aborda a través de programas de formación, a menudo con la ayuda de programas de asistencia técnica de otros organismos, pero algunos organismos han experimentado períodos de serias reducciones. Algunas instituciones, aunque en general de los países desarrollados, han elaborado

⁹ Red Internacional de Competencia (2006), “Lessons to be learnt from the experiences of young competition agencies”, Grupo de Trabajo sobre Políticas de Competencia, Subgrupo 2. Disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org.

programas sostenidos de formación en colaboración con la comunidad académica local. La capacitación de los fiscales públicos locales se ha hecho a través de seminarios y talleres. El desarrollo de la cultura de la competencia se realiza a través de los diversos medios de educación y persuasión, especialmente los medios de comunicación, pero también a través de discursos, seminarios y sitios Web. De acuerdo con la encuesta, “cabe destacar que todos los programas exitosos han buscado aprovechar sustancialmente los medios de comunicación”.

Un análisis de la experiencia de los organismos más recientes a cargo de la competencia en reformar a los países¹⁰ pone de manifiesto la continua importancia de las personas para determinar el éxito o fracaso de las instituciones recientemente creadas. Sin embargo, la eficacia sostenida de un organismo encargado de la competencia exige que la salida de individuos carismáticos no afecte significativamente a la institución. Aunque los regímenes de competencia pueden prescribir los requisitos de las personas designadas para estas funciones, las garantías de que gozan, la toma de decisiones que deben adoptar y los recursos que puede utilizar para cumplir con los objetivos de la competencia, es imposible erradicar por completo el elemento humano. Sin embargo, en el largo plazo la legitimidad de un organismo debe ser institucional y no depender exclusivamente de las cualidades personales del líder, no importa cuán bueno sea. Varios organismos, uno en América Latina y uno en África con líderes fuertes y carismáticos, perdieron su eficacia después que el líder se fue.

Los organismos más recientes generalmente enfrentan retos más difíciles que las instituciones ya establecidas, en particular cuando forman parte de un programa de reformas más amplio que incluye la privatización y la desregulación. Todo el personal de la institución nueva por lo general carece de experiencia en la tarea de hacer cumplir las normas de competencia, sin prácticas establecidas o precedentes sobre los cuales basarse, en contraste con los organismos ya establecidos donde hay por lo menos algunos “veteranos”. En muchos países en desarrollo, los datos fiables y la información sobre el rendimiento de las empresas e industrias a menudo son inexistentes. La institución encargada de la competencia puede verse obligada a adoptar decisiones impopulares en momentos en que la privatización sigue siendo polémica y los consumidores pueden tener expectativas poco realistas acerca del momento oportuno para una reducción de precios y mejoras tangibles de los servicios. Al mismo tiempo, la noción de un organismo “independiente” a cargo de la competencia será novedosa en muchas sociedades, lo que generará desafíos adicionales en el establecimiento de la función y la legitimidad de la institución y sus decisiones. La promoción de la competencia es determinante para ganar credibilidad y popularidad, debido a que la comunidad jurídica, el sector empresarial, el poder judicial y la legislatura tienen poco o ningún conocimiento sobre competencia. En estas circunstancias, la institución a cargo de la competencia debería influir positivamente en la política del gobierno. Tiene una relación muy estrecha con el gobierno, pero corre el

¹⁰ Véase revisiones por pares sobre política de competencia de la UNCTAD.

riesgo de una interferencia política excesiva, incluyendo el cabildeo empresarial.

La financiación puede ser particularmente difícil para las instituciones más recientes encargadas de la competencia en los países en desarrollo. Por diversas razones – como una contabilidad y medidas de control inadecuadas, el riesgo de fraude y corrupción o una renuencia general a introducir lo que podría representar un impuesto diferencial sobre segmentos de la sociedad para servicios públicos – algunos gobiernos rehúsan permitir que organismos independientes recauden fondos de fuentes alternativas. Por ejemplo, el gobierno de Jamaica ha rechazado categóricamente las solicitudes de la Comisión de Comercio Justo para cobrar tarifas por algunos de sus servicios. La Comisión de Comercio Justo se ve limitada en el desempeño de las funciones de observancia de la competencia e iniciativas de promoción, ya que las subvenciones del gobierno son insuficientes. Las autoridades de competencia en los países en desarrollo a menudo se ven atrapadas en un círculo vicioso, en el que la escasez de fondos no sólo afecta su capacidad para llevar a cabo las actividades de observancia, sino también su capacidad para controlar el impacto de sus actividades y, por consiguiente, reunir la prueba necesaria de su valía y aumentar su credibilidad, facilitar la rendición de cuentas y justificar una mayor financiación. A menudo le corresponde a la autoridad de competencia establecer la credibilidad, no sólo con el público en general, sino también con el gobierno. En este sentido, el apoyo político directo inicial a la observancia de la competencia por lo general marca la pauta para el desarrollo de futuras relaciones entre la autoridad de competencia y el entorno en que se desenvuelve.

Kovacic, después de un par de décadas de experiencia en el área de competencia al estar en contacto y trabajar con instituciones antiguas y nuevas encargadas de la materia, elaboró un resumen¹¹ de los principales retos de un organismo nuevo en su primera década:

- Establecer credibilidad y una “presencia” a través de la observancia, promoción, publicidad y buen proceso
- Obtener y mantener los buenos líderes y personal
- Controlar las expectativas y demandas
- Lograr autonomía en procesos/fallos, pero no aislamiento del proceso político
- Persuadir a los tribunales, incluso en relación con el alcance de la ley, la recopilación de información y la potestad sancionadora, y la adecuación del proceso administrativo
- Establecer vínculos con otras instituciones, tales como reguladores sectoriales, organizaciones de consumidores, organizaciones empresariales, universidades y medios de comunicación
- Crear conciencia empresarial y social sobre la ley de competencia.

¹¹ Kovacic, W.E. (2010), “The First Decade: Challenges Facing New Competition Agencies”, presentación en Belgrado, 26 de junio. Disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/100626belgradecompeition.pdf>.

Cabe destacar que el déficit de trabajadores calificados también repercute en la independencia y rendición de cuentas de la autoridad de competencia, que puede verse comprometida por un sistema judicial débil y mal informado y un Parlamento que podría ser incapaz de desempeñar eficazmente sus funciones de observancia. Por ejemplo, el déficit de trabajadores calificados y la falta de recursos financieros son algunos de los motivos por los cuales los países en desarrollo a menudo registran una importante acumulación de procesos judiciales, pero las mismas limitaciones de recursos restringen la posibilidad de establecer tribunales especializados en competencia. Los parlamentos de los países en desarrollo, a menudo compuestos por representantes de una sección de la población cuya minoría puede haberse beneficiado de la educación superior, pueden no tener la capacidad para analizar informes sobre asuntos complejos y desconocidos relacionados con la observancia de la competencia. Por lo tanto, un nivel mínimo de rendición de cuentas, por el cual se requiere que la autoridad de competencia notifique a o a través de un ministerio, podría considerarse como una solución viable al problema de la rendición de cuentas.

Un problema relacionado es la escasez de expertos locales independientes a los cuales las autoridades de competencia de los países en desarrollo recurren ocasionalmente para complementar el trabajo de los empleados calificados fijos, lo que podría cobrar especial relevancia al llevar a cabo, por ejemplo, estudios de mercado o investigaciones complejas. La escasez de recursos rara vez permite la contratación de consultores internacionales. Además, los profesores académicos suficientemente versados en economía y ley de la competencia son pocos, y la mayoría de los expertos en la comunidad jurídica a menudo son los que defienden a los acusados en un caso de competencia y su perspectiva puede verse influenciada por este punto de vista.

El riesgo de corrupción y captura en los países en desarrollo es un tema problemático y cliché. La evidencia empírica sobre la tesis de que los bajos salarios del sector público fomentan la corrupción es confusa y la teoría no garantiza que los salarios más altos reducen la corrupción. La observancia de la competencia, particularmente en jurisdicciones que contratan a tiempo parcial a miembros de la junta de comisionados del sector privado, plantea algunas interrogantes en relación con la imparcialidad de los miembros y la independencia. Las preocupaciones giran en torno a la capacidad de estos miembros del consejo, que ocupan cargos directivos en empresas privadas, para alcanzar y mantener niveles deseables de objetividad al estar en ambos bandos. Se trata de un problema que también afecta a los países desarrollados, pero estas preocupaciones adquieren un significado particular en las economías más pequeñas y pobres, que disponen de un grupo menor de personas con el nivel de capacitación suficiente para ocupar estos cargos. Existen también muchas probabilidades de que se designen a personas provenientes de grandes empresas que son dominantes en la economía y, como tal, posiblemente violen la ley de competencia. La omnipresencia de las grandes multinacionales en este grupo agrava el problema. Aun cuando no se registren irregularidades, en ausencia de la supervisión ministerial y mecanismos eficaces de rendición de cuentas, puede ser difícil gestionar las

percepciones del público. Por razones obvias, la política de competencia en los países en desarrollo a veces puede ser un asunto emotivo y a menudo plantea temas de “justicia”; algunas cosas pueden ser juzgadas como “desleales” por el público, aunque sean económicamente eficientes.

Los mecanismos de rendición de cuentas en los países en desarrollo tienden a ser débiles. Como ya se mencionó, los parlamentos a menudo no tienen la capacidad necesaria para aplicar de forma efectiva la rendición de cuentas. Se carece de resultados e indicadores claramente definidos. Más allá de sus informes anuales y decisiones finales a disposición del público, las autoridades de competencia disponen de pocos mecanismos para tener consultas directas con los ciudadanos o recabar su opinión. Algunas autoridades de competencia no tienen las habilidades y recursos para crear y mantener sitios Web actualizados. En este sentido, los países en desarrollo se muestran entusiastas en relación con las revisiones por pares de los regímenes de observancia de la competencia por parte de la UNCTAD, que funcionan no sólo como mecanismo para evaluar el impacto de la observancia y la identificación de áreas de mejora, sino también como un instrumento independiente de rendición de cuentas.

Los países en desarrollo y las economías en transición se ven acosados por una serie de barreras a la competencia. Existe una necesidad urgente de una ley y una política de competencia eficaz en estos países. Sin embargo, debido a las características del mercado y diversas dificultades jurídicas y de observancia, es mucho más difícil aplicar la ley y la política de competencia en los países en desarrollo que en los países desarrollados. Oliveira (2006), Oliveira y Paulo (2006) y Oliveira y Fujiwara (2006) analizan algunos de estos factores, que incluyen a grandes sectores informales, problemas relacionados con pequeñas y grandes barreras al ingreso, dificultades para inculcar una cultura de la competencia y la capacidad y limitaciones de capacidades y economía política.¹² Es importante que cada país adapte su diseño institucional a sus circunstancias y opere dentro de estas limitaciones.

Estas características sugieren que los mercados no competitivos son un problema aún mayor en los países en desarrollo. La necesidad de una aplicación eficaz de la ley de competencia es grande, pero existen serias limitaciones institucionales, políticas, humanas y financieras que enfrentan las instituciones más recientes encargadas de la competencia, lo que dificulta la aplicación eficaz de la ley de competencia.

Está claro que la aplicación de la competencia no puede separarse del contexto más amplio en el que opera, y que los elementos de la independencia operativa abarcan un proceso transparente mediante el cual las consideraciones sobre la falta de eficiencia (interés público) se descomponen en decisiones de observancia de la competencia. Para los organismos más recientes encargados de la competencia, puede tratarse de un mecanismo de rendición de cuentas significativo. Es complicado llegar a

¹² Un documento presentado por China al Grupo Intergubernamental de la UNCTAD sobre la política de competencia se suma a esta lista de problemas relacionados con actividades contrarias a la competencia de gobiernos locales y regionales, incluyendo monopolios administrativos.

un consenso sobre una definición de lo que constituye una injerencia política indebida y los puntos de referencia cualitativos mediante los cuales ésta se evaluará, ya que se trata de juicios subjetivos en mayor o menor medida.

Un análisis de los distintos criterios antes mencionados puede ser un factor importante en los objetivos de los países en desarrollo. Las prioridades de las instituciones más recientes encargadas de la competencia pueden ser muy diferentes de las prioridades de los organismos ya establecidos. Sin embargo, existe el riesgo de exigirles demasiado a las instituciones más recientes, cuando otros instrumentos de política pueden ser las herramientas más adecuadas para alcanzar ciertos objetivos. Esto fortalece el argumento de la priorización y evaluación. Es necesario comprender los efectos del programa de observancia de la competencia de un país para determinar el potencial y las limitaciones de la institución encargada de la competencia.

Evaluación comparativa de los perfiles institucionales

El desarrollo de regímenes de competencia con credibilidad y eficiencia requiere tiempo y mucha repetición. En sus esfuerzos por mejorar el desempeño de los organismos de competencia de reciente creación, los funcionarios encargados de formular políticas en los países en desarrollo y las economías en transición pueden recurrir a las mejores prácticas internacionales con el fin de realizar evaluaciones comparativas de los perfiles institucionales de las autoridades de competencia y de su capacidad para garantizar una observancia efectiva de las leyes de competencia.

Desarrollo de una cultura de la competencia

Tal como lo documenta la UNCTAD (2006), la falta de una cultura de la competencia puede ser un obstáculo significativo para la instrumentación efectiva de una nueva ley de competencia. Por lo tanto, es importante desarrollar una sólida capacidad de comunicación dentro de cualquier organismo de competencia de reciente creación, a fin de poder entender y apreciar la *naturaleza* y el *efecto* de las intervenciones de las autoridades de competencia. Esto puede justificar la realización de evaluaciones *ex post* con el propósito de cuantificar los efectos de manera aproximada y difundir información al respecto.

Actualización y enmienda de leyes, directrices y procedimientos

El proceso de evaluación comparativa puede proporcionar un diagnóstico sobre los principales cambios procesales y administrativos necesarios para el óptimo funcionamiento de la autoridad y la ley. Un ejemplo importante en los últimos años ha sido la instrumentación efectiva de una política de indulgencia corporativa. Las revisiones por pares externos en una variedad de jurisdicciones también han ayudado a generar el impulso político necesario para efectuar cambios.

En su estudio, la Comisión Europea señala que la Dirección General de Competencia realiza revisiones periódicas de leyes sobre competencia como

los reglamentos de exención por categorías en el período en que se presentan para enmiendas. Típicamente, tales revisiones emplean estudios de casos y encuestas para determinar la vigencia y efectividad de las leyes con miras a posibles enmiendas. Se pueden realizar ejercicios generales de determinación de hechos a través de audiencias, cuestionarios y consultas. Esto puede contribuir al proceso de creación de políticas y proporcionar información para la redacción de los Libros Verdes y Blancos de la Comisión Europea, que finalmente pueden conducir a la fase de enmienda.

La evaluación como herramienta para la eficiencia de las intervenciones

La razón más obvia para las evaluaciones es encontrar medios de mejorar las intervenciones. Debido a las limitaciones en cuanto a los recursos que enfrentan la mayoría de las autoridades de competencia, es importante reflexionar sobre los procesos y las prácticas, y maximizar la eficiencia potencial de los recursos de un organismo determinado. Por otra parte, esto es particularmente válido dentro del contexto de la política de competencia, donde no es posible simplemente transponer un conjunto de leyes y procesos con “mejores prácticas”. En la política de competencia, si bien se puede aprender mucho a través de las comparaciones y las evaluaciones comparativas, la misma regla no sirve para todo, y cada jurisdicción tiene que encontrar los métodos que mejor se adapten a sus necesidades.

Las evaluaciones pueden ayudar a enfrentar los problemas políticos y económicos más graves, y así contribuir a la legitimidad del sistema político. Por otro lado, las limitaciones de capacidad en los países en desarrollo y las economías en transición obstaculizan el correcto desempeño de dichas evaluaciones. Sin embargo, cuando se realizan adecuadamente dentro de estos contextos, las evaluaciones pueden ayudar a proporcionar una visión de las limitaciones específicas en materia de competencia en cada país, que surgen de las características enumeradas anteriormente, así como sugerir posibles soluciones.

Revisiones por pares de la UNCTAD y la OCDE

Las revisiones por pares de la UNCTAD y la OCDE constituyen un método importante para que los países adopten modelos institucionales y procesos de gestión adecuados a sus circunstancias, y reciban opiniones sobre la idoneidad de los criterios para sus intervenciones, así como los posibles obstáculos a la aplicación efectiva de sus regímenes de competencia.

El proceso de revisión por pares también puede contribuir en gran medida al desarrollo del régimen de competencia de un país. Las revisiones por pares se han convertido en un valioso método de trabajo de la UNCTAD y la OCDE en materia de derecho y política. En una conferencia reciente, un expositor de Brasil señaló que el haber participado en diversos procesos de revisión por pares en condición de país donante había sido muy estimulante y provechoso. Por su parte, el representante de Turquía, en su presentación a la mesa redonda, destacó que el valor de la revisión por pares radica en el hecho de que dicha revisión es preparada por “expertos que consultan a

terceros, como profesionales, académicos, miembros de asociaciones empresariales y funcionarios que trabajan para varias instituciones gubernamentales, además de los mismos funcionarios del organismo”. En Turquía, las revisiones por pares han impulsado el desarrollo de un programa de indulgencia, modificaciones en el control de las fusiones, un aumento en las multas máximas por infracciones y cambios en los procedimientos para los acuerdos de consentimiento, además de enriquecer la experticia jurídica y económica de la Autoridad de Competencia de Turquía (TCA).

Otro foro que lleva a cabo un debate externo sobre procesos y estándares es la Red Internacional de Competencia (RIC). La RIC colabora en el desarrollo de la cooperación informal y el intercambio de conocimientos entre los organismos de competencia, y puede facilitar la cooperación y la armonización para ayudar a proporcionar información útil respecto al funcionamiento del régimen de competencia de un país.

Los organismos de competencia de reciente creación deben buscar ayuda de organizaciones internacionales y sus contrapartes en otros países. Para dichas autoridades, la cooperación, particularmente a nivel regional, se considera vital. También deben maximizar el uso de las interacciones informales con las autoridades de competencia de otros países. La cooperación técnica también se podría incluir en este marco.

VI. Instituciones encargadas de la competencia sin respaldo político ni financiero

En ocasiones, tanto la ley como el organismo en materia de competencia forman parte de un paquete de ajuste estructural, y no son el resultado orgánico de la situación política y económica de un país o región. No siendo beneficiario de un apoyo político o económico significativo, dicho organismo usualmente está conformado por un puñado de funcionarios con buenas intenciones, pero con escasos recursos financieros. ¿Puede un organismo así influir en los acontecimientos para lograr los objetivos contemplados en la ley sobre competencia? Teniendo en cuenta que podría resultar difícil cumplir con los requisitos para que la ley de competencia sea útil y significativa, una analista escribió: “Si faltan elementos cruciales, los responsables por ejecutar una política sabia podrían optar por no adoptar leyes antimonopolio en absoluto”.¹³

¹³ Fox, Eleanor. (2008) “Defensa de la Competencia, Desarrollo Económico y Pobreza: El Otro Camino”, presentado al Grupo de Expertos Ad Hoc sobre el papel de la ley y la política de competencia en la promoción de el crecimiento y el desarrollo, 15 de julio de 2008, Ginebra. Disponible en http://www.unctad.org/sections/ditc_ccpb/docs/ditc_ccpb0003_en.pdf, basado en un artículo con el mismo nombre publicado en el *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 13, p. 211. Su lista de requisitos para lograr que una ley sobre competencia resulte útil y significativa incluye los siguientes puntos: que el ámbito de aplicación de la ley sea suficientemente amplio; que el organismo de competencia sea independiente, que esté bien financiado y cuente con un número adecuado de funcionarios bien capacitados y no corruptos; que los canales de apelación en sí estén bien calificados y no sean corruptos; que se garanticen los debidos procesos en todas las actuaciones; que todas las instituciones funcionen en forma transparente y responsable, y publiquen sus decisiones y sentencias; y que el organismo recurra a los mecanismos de promoción y defensa.

Un organismo de competencia débil en circunstancias poco prometedoras tiene limitadas opciones. A partir del análisis anterior, resulta preferible dejar a los demás la aplicación de la ley, que es una actividad que requiere el uso intensivo de recursos. Lamentablemente, esto elimina de inmediato la posibilidad de prevenir los cárteles y otras prácticas anticompetitivas. La defensa de la competencia puede lograrse mediante organismos poderosos con mandatos y perspectivas que realmente promuevan la competencia. Por ejemplo, el ente regulador de las telecomunicaciones podría favorecer una mayor competencia en telefonía móvil, o el banco central podría reforzar la competencia en la banca. Otra estrategia para la defensa de la competencia podría ser identificar, en particular, a los potenciales beneficiarios de cualquier reducción de las barreras a la entrada y la conducción de estudios para caracterizar las ganancias, y explicarles a estos potenciales beneficiarios de modo que entiendan los beneficios de la competencia para ellos. No necesariamente los excluidos serían los más beneficiados; a veces serían entidades poderosas que compensan una provisión de bienes y servicios ineficiente o poco competitiva, tales como las empresas que requieren transporte.

La cooperación con otros organismos de competencia puede permitir intercambios en las áreas de capacitación y asistencia técnica. Si bien tomar en consideración los efectos de las medidas adoptadas por otras entidades en el extranjero para promover la competencia probablemente esté más allá de los mandatos de dichos organismos, en efecto, dichas medidas pueden tener impactos positivos a nivel internacional; y ponerlos en relieve podría ser de ayuda en los ámbitos nacionales.

En resumen, los organismos que cuentan con limitados recursos para la promoción de la competencia y para realizar estudios en esta área deben utilizarlos de modo tan estratégico como los organismos que sí disponen de los recursos necesarios. Es necesario evaluar tanto los avances como los reveses, y los resultados deben tomarse en cuenta para revisar las opciones estratégicas. Aun cuando se carezca de los fundamentos para garantizar la eficacia institucional, las buenas prácticas de gobernanza pueden evitar que el organismo de competencia quede desacreditado; y al enfocarse en sus objetivos estratégicos y elegir sus actividades inteligentemente el organismo puede lograr progresos en la promoción de la competencia.

VII. Temas de discusión

- En una jurisdicción donde la idea de la competencia es contraria a los valores históricos o tradicionales, ¿qué medidas se podrían tomar para asegurar que la misión de una institución a cargo del área de la competencia sea aceptada por la sociedad en general?
- Es posible que, en un principio, los gobiernos no dispongan de las habilidades necesarias para poner en práctica una política de

competencia eficaz cuando lo intentan por primera vez. ¿Qué estrategias pueden emplearse para que el organismo a cargo desarrolle dichas habilidades y talentos?

- En una sociedad que se haya caracterizado por el predominio de un grupo de empresas, un organismo que promueva eficazmente la competencia podría ser objeto de oposición política. ¿Qué estrategias se pueden utilizar para garantizar que la institución continúe trabajando con eficacia?
- ¿Cómo podría contribuir la capacitación a la eficacia de las instituciones de competencia de reciente creación? ¿Cuáles son las mejores prácticas para mejorar las habilidades del personal? ¿Es necesario formular un conjunto de prioridades en los primeros años de operación y evaluar el impacto de las decisiones que se tomen en materia de la competencia?