



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
9 de mayo de 2011
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia

11º período de sesiones

Ginebra, 19 a 21 de julio de 2011

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo y estudios relacionados con las
disposiciones del Conjunto de Principios y Normas**

Fundamentos de la eficacia de los organismos reguladores de la competencia

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

La expresión "política de la competencia" se refiere a las políticas públicas destinadas a preservar e impulsar la competencia entre los agentes del mercado y a propiciar otras políticas y procesos públicos que posibilitan el desarrollo de un entorno competitivo.

La existencia de entornos competitivos diversos implica que la concepción de los regímenes de la competencia también deben ser diferentes. No obstante, hay algunos rasgos que son característicos de los órganos reguladores públicos eficaces. Entre ellos cabe mencionar la independencia, la transparencia, la rendición de cuentas, el respeto de las garantías procesales, una financiación adecuada y proporcional al mandato, una dotación de personal bien preparado, calificado e incorruptible, y la existencia de un procedimiento de apelación correctamente estructurado y libre de corrupción. En estudios más recientes sobre los organismos reguladores de la competencia se indica también la necesidad de una evaluación. Para que estos organismos sean eficientes deben tener instaurados procesos internos, como la definición de los objetivos y prioridades, la asignación adecuada de los recursos y la adopción de decisiones eficaces.

El presente documento aborda primeramente la definición de un organismo regulador de la competencia eficaz y la importancia de la evaluación en ese contexto. En las dos secciones siguientes se analizan los diversos factores que constituyen los fundamentos de la eficacia de esos organismos. Gran parte del contenido de las primeras tres secciones se aplica a los organismos reguladores de la competencia tanto de los países en desarrollo, como de los países desarrollados. Las dos últimas secciones se centran, respectivamente, en los nuevos organismos reguladores de la competencia y en las oficinas reguladoras de la competencia llamadas "pobres", es decir, las que no reciben apoyo político ni financiero.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1-4	4
I. ¿Qué es un organismo regulador de la competencia eficaz?	5-15	4
II. Estructura institucional	16-30	7
III. Procesos internos	31-37	11
IV. Retos especiales para los organismos reguladores de la competencia de reciente creación	38-62	13
V. Oficinas reguladoras de la competencia precarias	63-66	19
VI. Temas para el debate		20

Introducción

1. La expresión "política de la competencia" se refiere a las políticas públicas destinadas a preservar e impulsar la competencia entre los agentes del mercado y a propiciar otras políticas y procesos públicos que posibilitan el desarrollo de un entorno competitivo. Para que la política de la competencia y las instituciones conexas promuevan eficazmente sus objetivos, deben desarrollarse en el entorno político, social y económico al que pertenecen. Esos entornos difieren considerablemente de un país o territorio a otro. En algunos países o territorios los empresarios y el gobierno aprecian los objetivos de la competencia y respetan las instituciones; otros objetivos de la sociedad tienen en cuenta las cuestiones relativas a la competencia. En otros países o territorios, los empresarios y funcionarios gubernamentales están aprendiendo a adaptarse a un régimen de la competencia y a apreciar sus objetivos, aunque la legislación aún no se haya ajustado suficientemente al orden normativo, económico e institucional establecido. Hay un tercer grupo, donde las oficinas reguladoras de la competencia "precarias" luchan por lograr reconocimiento y respeto tras la enorme ola de programas de ajuste estructural que las ha dejado aisladas.

2. La existencia de entornos competitivos diversos implica que la concepción de los regímenes de la competencia también deben ser diferentes. No obstante, hay algunos rasgos que son característicos de los órganos reguladores públicos eficaces. Entre ellos cabe mencionar la independencia, la transparencia, la rendición de cuentas, el respeto de las garantías procesales, una financiación adecuada y proporcional al mandato, una dotación de personal bien preparado, calificado e incorruptible, y la existencia de un procedimiento de apelación correctamente estructurado y libre de corrupción. En estudios más recientes sobre los organismos reguladores de la competencia se indica también la necesidad de la evaluación. Para que estos organismos sean eficientes deben tener instaurados procesos internos, como la definición de los objetivos y prioridades, la asignación adecuada de los recursos y la adopción de decisiones eficaces. Esos temas se examinan más adelante.

3. El presente documento aborda primeramente la definición de un organismo regulador de la competencia eficaz y la importancia de la evaluación en ese contexto. En las dos secciones siguientes se analizan los diversos factores que constituyen los fundamentos de la eficacia de esos organismos. Gran parte del contenido de las primeras tres secciones se aplica a los organismos reguladores de la competencia tanto de los países en desarrollo, como de los países desarrollados. Las dos últimas se centran, respectivamente, en los nuevos organismos reguladores de la competencia y en las oficinas reguladoras de la competencia llamadas "pobres", es decir, las que no reciben apoyo político ni financiero.

4. El documento se basa en las respuestas de los Estados miembros a las solicitudes de información de la UNCTAD, una nota del Sr. Khalid A. Mirza¹, la labor realizada por la Red Internacional para la Competencia (RIC), y trabajos de académicos.

I. ¿Qué es un organismo regulador de la competencia eficaz?

5. Como sabemos, un organismo regulador de la competencia eficaz logra sus objetivos utilizando adecuadamente los recursos. La estructura y las capacidades del

¹ Resumen de la mesa redonda "Fundamentos de la eficacia de los organismos reguladores", celebrada en el marco de la Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, 8 a 12 de noviembre de 2010.

organismo influyen en la eficacia de sus decisiones y en su capacidad para garantizar el cumplimiento de la ley mediante sanciones y medidas correctivas. Sin embargo, un organismo regulador de la competencia no es más que un actor en un entorno donde otros ministerios y organismos públicos, el poder judicial, los círculos empresariales, las organizaciones no gubernamentales (ONG), los medios de comunicación y el público en general adoptan medidas para lograr sus propios objetivos. El entorno de un organismo influye sobre su eficacia, y esta puede evaluarse en parte en función del modo en que el organismo modifica su entorno.

6. Para evaluar la eficacia es necesario responder a dos preguntas: a) ¿han dado buenos resultados las intervenciones del organismo según los objetivos del derecho de la competencia? y b) ¿han permitido los procedimientos aplicados por el organismo realizar una adecuada asignación de recursos para promover el logro de los objetivos de ese derecho²? Para evaluar la eficacia y determinar exactamente dónde radican las deficiencias (y cómo corregirlas) es necesario examinar repetida y sistemáticamente los procesos y los resultados. La propia evaluación del desempeño forma parte de la eficacia.

7. La evaluación reviste particular importancia para los organismos reguladores de la competencia por diversas razones. En primer lugar, los organismos adoptan sus decisiones sobre la base de informaciones incompletas y en condiciones de incertidumbre. Por lo tanto, algunas decisiones son experimentales en cierta medida (es decir, ponen a prueba la validez de las hipótesis), y es preciso realizar una evaluación para comprender si una determinada política para hacer efectivo el cumplimiento se ajusta realmente a los objetivos del derecho. La experimentación es necesaria a fin de formular la política correcta para hacer efectivo el cumplimiento en un entorno dado. En segundo lugar, dado que el volumen de la información de que disponen los terceros es inferior al que posee el organismo, y considerando la importancia de todas las partes en competencia, el hecho de que el propio organismo publique su evaluación facilita a los terceros la tarea de evaluarlos. En tercer lugar, la evaluación podría generar nuevas hipótesis en el campo de la economía y contribuir de ese modo a desarrollar los fundamentos de la política de la competencia.

8. No es conveniente centrar la atención únicamente en las medidas para hacer efectivo el cumplimiento. Las acciones u omisiones de otras entidades públicas pueden impulsar o frenar la consecución de los objetivos del derecho y la política de la competencia, pero con frecuencia están fuera del alcance del derecho de la competencia. No obstante, los estudios, las audiencias y las comunicaciones presentadas en las audiencias pueden influir sobre las ideas, y por ende sobre la conducta de las entidades públicas. Es mucho mayor el número de empresas que se abstienen de incurrir en conductas contrarias a la libre competencia que la cifra de las que en algún momento podrían ser procesadas por tales conductas. Además, el hecho de que se logre o no persuadir a un juez de la procedencia de las decisiones del organismo regulador contra las que se ha recurrido repercutirá directamente si tales decisiones se mantienen. De ese modo, la medición de la eficacia sobre la base de los resultados incluye una evaluación del efecto persuasivo de los estudios realizados, las observaciones formuladas durante las audiencias, los discursos pronunciados, y otras medidas persuasivas adoptadas por el organismo regulador de la competencia. Sin embargo, para lograr el cumplimiento de la ley en ese sentido parece que es necesario correr el riesgo considerable de imponer sanciones a los cárteles³.

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). Puede consultarse en <http://www.oecd.org/dataoecd/7/15/35910995.pdf>. Véase también: UNCTAD (2007). Criterios para evaluar la eficacia de las autoridades reguladoras de la competencia (TD/B/COM.2/CLP/59).

³ Parker C., Ainsworth P. y Stepanenko N. (2004). ACCC enforcement and compliance project: The

9. La evaluación puede llevarse a cabo como parte del proceso de elaboración del informe anual o por medio de un "examen entre homólogos" realizado por otros organismos reguladores de la competencia y de evaluaciones *ex post*. Por ejemplo, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de la UNCTAD y el Comité de la Competencia y el Foro Mundial de la Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) llevan a cabo exámenes voluntarios entre homólogos. Las comisiones parlamentarias y las oficinas de auditoría pueden realizar esas evaluaciones.

10. Por lo general las evaluaciones *ex post* se centran en un aspecto concreto de las actividades del organismo. Puede citarse como ejemplo el estudio sobre las medidas correctivas respecto de las fusiones⁴, elaborado por el personal de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. El estudio tenía por objeto "examinar en retrospectiva" las medidas correctivas impuestas o aceptadas en relación con las fusiones, "a fin de determinar las esferas que pudieran necesitar mejoras en el futuro...". Se examinaron 40 casos y 96 medidas correctivas que habían sido impuestas entre tres y cinco años antes. Sin embargo, en otro estudio sobre el control de fusiones realizado por consultores de la Comisión Europea se detectó una dificultad relacionada con las evaluaciones *ex post*⁵, a saber: "¿Cuál es la hipótesis correcta?". En ese caso, los consultores consideraron que la hipótesis correcta consistía en basarse en las expectativas de algunos actores calificados del mercado con respecto a la forma en que evolucionaría el mercado en caso de producirse la fusión propuesta, y utilizaron cuestionarios y la información sobre los rendimientos bursátiles. El estudio obtuvo una baja tasa de respuestas de las empresas, que, como no tenían obligación de responder, no veían ninguna ventaja en hacerlo, y les preocupaba la posibilidad de que con las respuestas se dieran a conocer datos empresariales confidenciales. Las evaluaciones *ex post* de menor envergadura pueden realizarse con más frecuencia y a menor costo. Por ejemplo, cuando se pierde un caso, en el informe que se elabora al respecto se pueden señalar los aciertos y errores, y las lecciones obtenidas pueden incorporarse en el manual de instrucciones interno. Indonesia y Sudáfrica pueden proporcionar ejemplos de evaluación de un "resultado" y no de una acción. Los organismos reguladores de la competencia de esos países han formulado a sus gobiernos recomendaciones o propuestas relativas a la política de la competencia que han preparado el camino para la adopción de diversas reformas relacionadas con la legislación en materia de competencia, y de ese modo han ejercido una influencia positiva sobre la economía⁶.

11. En sus respuestas al cuestionario el Brasil y Colombia señalaron que la eficacia podía medirse determinando hasta qué punto el organismo había sido capaz de cumplir su misión. Debían tomarse en consideración los efectos reales de la existencia del organismo sobre la situación de la competencia en el país. Si la misión consistía en aumentar la competitividad, pero el mercado seguía dominado por unas cuantas empresas, ¿en qué medida, o después de cuánto tiempo, sería legítimo cuestionar la eficacia del organismo?

12. Puede resultar difícil evaluar la eficacia de algunas autoridades reguladoras de la competencia porque han sido establecidas recientemente y porque solo pocos casos han llegado a la fase de ejecución. Así ocurre, por ejemplo, en el Pakistán, donde se ha

impact of ACCC enforcement activity in cartel cases. Documento de trabajo del Centro de política de la competencia y protección del consumidor de la Universidad Nacional de Australia.

⁴ Comisión Europea (2005). Merger Remedies Study. Puede consultarse en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

⁵ Estudio realizado por el Lear (Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione) para la Dirección General de Competencia, Comisión Europea (2006). *Ex Post Review of Merger Control Decisions*. Puede consultarse en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

⁶ UNCTAD (2011). Importancia de la coherencia entre las políticas de competencia y las políticas generales del gobierno (TD/B/C.I/CLP/9).

destacado la importancia de la evaluación objetiva de la labor realizada por la autoridad. Si bien en algunos casos puede que sea conveniente medir algunos criterios concretos, como el tiempo necesario para la tramitación de los casos, si se coloca en primer plano el número de empresas a las que se ha hecho cumplir la ley mediante una intervención de la autoridad reguladora de la competencia, se puede correr el riesgo de que la atención se centre más en los "insumos" o en la "actividad" que en determinar si los "resultados" han cumplido los objetivos estratégicos.

13. La mayor parte de los que respondieron al cuestionario de la UNCTAD proporcionaron información sobre las evaluaciones *ex post*. El Pakistán y Eslovaquia, por ejemplo, señalaron que habían realizado controles en empresas que habían infringido la Ley de la competencia y en mercados en que se habían realizado operaciones contrarias a la competencia en el pasado. Sin embargo, como se ilustra en una comunicación de Turquía, cabe esperar que los participantes en el mercado presenten una nueva queja si después de la adopción de la medida por el organismo persiste el problema en el sector afectado.

14. Aunque en muchos informes anuales se señala el número de acciones iniciadas, tal vez ese dato no sea un indicador de eficacia particularmente bueno. Algunos casos de poca envergadura y resonancia pueden ser más importantes para el desarrollo del derecho de la competencia que otros que acaparan los titulares. Además, otras actividades (por ejemplo, la defensa de la competencia y el desarrollo de las capacidades institucionales, analíticas y de procedimiento) pueden contribuir a mejorar la eficacia en igual o mayor medida que los casos.

15. La evaluación se utiliza para establecer las prioridades futuras y determinar los cambios internos. En resumen, un organismo regulador de la competencia eficaz es aquél que logra sus objetivos aprovechando adecuadamente sus recursos. Al respecto, cabe formular dos preguntas: ¿han tenido buenos resultados las intervenciones del organismo? ¿la dotación de recursos del organismo ha favorecido la obtención de esos resultados? El entorno y el nivel de recursos son condiciones exógenas, y la eficacia está determinada por las opciones que elija el organismo. La evaluación es el instrumento que permite examinar los resultados de esas opciones. La evaluación de casos, los estudios, las informaciones presentadas en las audiencias, las comunicaciones y otras actividades de defensa de la competencia ayudan a identificar las opciones que contribuirán a mejorar la eficacia en el futuro.

II. Estructura institucional

16. La estructura más eficaz para un organismo regulador de la competencia incluye: a) elementos relacionados con la condición jurídica; b) la posición dentro del mecanismo gubernamental general y en relación con las empresas y los representantes de los consumidores; y c) procedimientos internos destinados a mantener la alta calidad del trabajo. Estos diversos elementos no son autónomos; por el contrario, funcionan juntos apoyándose mutuamente para asegurar, entre otras cosas, el debido proceso y el logro de resultados que correspondan a los objetivos. Además de los elementos que se examinarán a continuación (independencia, transparencia, rendición de cuentas, facultades suficientes, financiación proporcional al mandato y plantilla integrada por personas bien preparadas, calificadas e incorruptibles), es necesario que exista fuera del organismo un procedimiento de apelación con personal altamente calificado e incorruptible.

A. Independencia

17. El marco jurídico e institucional debe ser equilibrado a fin de que el organismo regulador pueda ser independiente y a la vez tener en cuenta las políticas generales del gobierno y de que sus decisiones puedan ser objeto de examen, por lo general examen judicial. Es necesario que el organismo pueda actuar sin injerencia política, especialmente en sus actividades diarias o en la adopción de cada una de sus decisiones, a fin de impedir que las decisiones o las medidas en defensa de la competencia se politicen, tengan un contenido discriminatorio, o se apliquen obedeciendo a objetivos estrechos de ciertos grupos de interés. Asimismo, el organismo debe estar libre de influencia empresarial. Se supone que los organismos "independientes" estén sujetos a supervisión gubernamental y a un sistema de frenos y contrapesos. La base legislativa debe dar un significado jurídico a la independencia operativa de las autoridades prescribiendo las funciones, las facultades, la manera de nombrar a los miembros de la dirección y el personal, su mandato y cese, y el método de financiación de la autoridad. Asimismo, debe prescribir el modo en que la autoridad se relacionará con el poder ejecutivo y el poder legislativo. Estos atributos garantizan la autonomía organizativa y establecen una distancia prudencial en las relaciones con las autoridades políticas.

18. Para lograr un equilibrio entre la independencia y la rendición de cuentas se han utilizado varias salvaguardias formales, a saber:

a) La concesión, al organismo, de competencia reglamentaria bien definida que no esté sometida a control estatal cotidiano.

b) El establecimiento de criterios profesionales bien definidos para los nombramientos.

c) La participación de los poderes ejecutivo y legislativo del gobierno en el proceso de nombramiento.

d) El nombramiento del director general y de los miembros de la junta/comisión por un período fijo, y la prohibición de su destitución (sujeta a examen formal), salvo causa debidamente justificada.

e) En los casos en que se ha optado por una estructura colegiada (junta o comisión), el escalonamiento de los mandatos de los miembros, de manera que los gobiernos sucesivos puedan sustituirlos únicamente de forma gradual.

f) El establecimiento de una fuente de financiación fiable y suficiente para el organismo. Lo ideal sería que el organismo pudiera cobrar por la prestación de servicios concretos para financiarse y evitar la posibilidad de injerencias políticas en el proceso presupuestario.

g) La exoneración del organismo regulador de la competencia del cumplimiento de los límites salariales establecidos para la administración pública, a fin de atraer y conservar al personal más calificado y crear incentivos adecuados para una buena gestión; y

h) La prohibición al ejecutivo de invalidar las decisiones del organismo, salvo a través de mecanismos cuidadosamente elaborados, como la promulgación de nuevas leyes o la presentación de recursos ante los tribunales en virtud de la legislación vigente.

19. Actualmente en todo el mundo son cada vez más las autoridades reguladoras de la competencia que gozan de independencia institucional respecto de un control estatal; menos de la mitad son organismos dependientes. Un total de 112 países han establecido

autoridades reguladoras de la competencia⁷, de las cuales más de la mitad son independientes de los ministerios. En los últimos veinte años se ha producido también un aumento constante del número de organismos autónomos. De ellos, 22 pertenecen a países en desarrollo y países con economías en transición.

20. La independencia financiera puede contribuir mucho a la autonomía de los objetivos y las actividades. Un mecanismo posible es la autofinanciación, adoptado en Turquía, y que consiste en el cobro de un monto reducido por la prestación de servicios. El hecho de depender de asignaciones presupuestarias inciertas, sobre todo en los períodos de austeridad fiscal, puede debilitar la capacidad del organismo y aumentar las posibilidades de que sea objeto de influencia política.

B. Rendición de cuentas

21. La independencia del organismo regulador de la competencia debe equilibrarse con la rendición de cuentas. Los políticos, los medios de comunicación, el público y los círculos empresariales deben conocer quién responde por una decisión determinada y los motivos de su adopción. Es necesario que las partes interesadas tengan la oportunidad de proporcionar, mediante procesos de consulta, los elementos que sean pertinentes para la adopción de las decisiones. Asimismo, deben poder obtener reparación con facilidad y rapidez en caso de conductas arbitrarias o incompetentes de parte del organismo. Esta forma de protección genera un equilibrio entre la independencia y la rendición de cuentas. Para lograrlo se han utilizado algunas salvaguardias formales como las siguientes:

- a) Publicar legislación relativa a la competencia y los estatutos del organismo, en los que se especifican claramente sus deberes, responsabilidades, derechos y obligaciones, así como establecer la distinción entre los objetivos primarios y los secundarios cuando existen varios objetivos en materia de reglamentación;
- b) Garantizar que puedan recurrirse las decisiones del organismo ante los tribunales o alguna otra entidad no política, aunque debe establecerse cierto límite para disuadir la presentación de recursos sin fundamento, que simplemente retrasan la aplicación de las decisiones;
- c) Exigir que el organismo publique informes anuales sobre sus actividades, y que estas sean examinadas formalmente por auditores independientes o comités de supervisión del poder legislativo;
- d) Establecer normas para la destitución de los miembros de la junta por incompetencia o faltas de conducta;
- e) Permitir que todas las partes interesadas presenten comunicaciones al organismo sobre asuntos que se estén examinando; y
- f) Ordenar que el organismo publique sus decisiones motivadas.

C. Transparencia

22. La transparencia aumenta la confianza de las partes interesadas en la eficacia e independencia del organismo regulador de la competencia y refuerza su legitimidad. Por consiguiente, deben ser de conocimiento público todas las normas y políticas, los principios

⁷ Véase UNCTAD Guidebook on Competition Systems. Puede consultarse en http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20072_en.pdf.

para la formulación de regulaciones futuras, y todos los acuerdos y decisiones en materia de reglamentación.

23. La transparencia puede ser tan favorable para el organismo regulador de la competencia como para el público y las empresas. La publicación de las decisiones con sus argumentaciones y la celebración de consultas y audiencias públicas pueden ayudar a los organismos a fomentar el consenso sobre sus decisiones, y a resguardarse contra la posibilidad de que se les acuse de adoptar decisiones arbitrarias a puerta cerrada.

24. La transparencia es un importante factor que contribuye a la buena gobernanza en general. Es más, reduce la probabilidad de que las partes interesadas —especialmente las afectadas por una decisión basada en el derecho de la competencia— consideren que las decisiones son parciales, arbitrarias o discriminatorias. La argumentación de las decisiones, incluidos los principios y las pruebas que las fundamentan, se hace patente cuando estas se dan a conocer al público con toda claridad. Las decisiones discriminatorias o corruptas resultarán evidentes y será más difícil fundamentarlas una vez activados los procesos de transparencia.

25. No obstante, la transparencia tiene sus límites. Gran parte de la información en que se basan las decisiones relativas a los casos es delicada desde el punto de vista comercial, y se debe impedir que llegue a conocimiento de los competidores, proveedores y clientes. Es necesario examinar la información antes de darla a conocer al público, a fin de proteger los secretos comerciales. La difusión prematura de la información puede también afectar el éxito de algunas actividades de los organismos reguladores de la competencia, como las investigaciones sobre los cárteles.

26. Para que un mercado logre atraer inversores tiene que ofrecer seguridad jurídica. Los organismos reguladores de la competencia independientes son previsibles si cumplen los principios del estado de derecho. Los rasgos más importantes del estado de derecho son el respeto del precedente y el principio *stare decisis*, en particular en los países del *common law*. El respeto del precedente significa que los organismos reguladores de la competencia no revocan las decisiones en materia de políticas, salvo que se demuestre que esas decisiones han dado lugar a problemas considerables o que las nuevas circunstancias justifican una modificación de las normas. Según el principio *stare decisis* los casos basados en hechos iguales deben resolverse siempre del mismo modo.

D. Facultades ejecutivas

27. El organismo regulador de la competencia debe tener poder efectivo. Esa condición exige no solo que se hayan definido formalmente y con claridad las facultades ejecutivas del organismo, sino también que este tenga la capacidad y disposición de ejercer su autoridad y hacer cumplir sus decisiones. Los organismos reguladores de la competencia deben tener facultades para realizar sus investigaciones con eficacia, por ejemplo, para reunir a tiempo la información pertinente, imponer sanciones o entablar demandas por incumplimiento. Deben tener potestad para ordenar que se proceda de una manera determinada con vistas a restablecer la competencia e imponer sanciones, o para litigar a fin de que un tribunal ordene que se proceda de determinada manera o imponga sanciones. Muchos organismos reguladores de la competencia están facultados para comprometerse a no imponer sanciones, lo cual es importante para la aplicación de programas de indulgencia que pueden incentivar a los cárteles a presentar informes.

E. Dotación de personal y recursos financieros

28. La escasez de personal con conocimientos especializados, la baja remuneración de los empleados del sector público y los riesgos de corrupción y captación amenazan la eficacia de los organismos reguladores de la competencia, sobre todo en los países en desarrollo. La escasez de personal con conocimientos especializados existe en todas las esferas de aplicación del derecho de la competencia, y también en lugares en que la economía es un tema nuevo para los funcionarios encargados de los casos relacionados con la competencia, incluso en organismos de nivel medio a superior. Los métodos utilizados en algunos países para abordar este problema son la capacitación del personal de los organismos y, a más largo plazo, las relaciones con las universidades. Por lo general, los funcionarios públicos reciben salarios inferiores a los de sus homólogos del sector privado. En los últimos años, muchos países en desarrollo han registrado una disminución en el nivel de los salarios reales de los funcionarios públicos. Lo anterior tiene efectos previsibles en la contratación de personal altamente calificado y en la posibilidad de conservarlo, en la administración pública, y sobre todo en esferas especializadas, como la aplicación de las normas de la competencia.

29. El riesgo de corrupción y captación en los países en desarrollo es un asunto problemático. Las pruebas empíricas y los estudios teóricos sobre el tema de si la baja remuneración del sector público fomenta la corrupción no son concluyentes. La práctica aplicada en algunas países según la cual las juntas de las comisiones de la competencia incluyen entre sus miembros a personas contratadas a tiempo parcial que ocupan cargos de dirección en el sector privado puede acarrear problemas delicados con respecto a la imparcialidad y la independencia, que no siempre pueden resolverse exigiendo que un miembro no participe en el examen de un caso cuando puedan existir conflictos de intereses.

30. En raras ocasiones se consideran suficientes los recursos asignados para el mandato de un organismo regulador de la competencia. Si bien puede considerarse, por ejemplo, que las tasas de registro de las fusiones que rebasan el umbral de notificación son un medio para aumentar los recursos financieros, esta operación también puede someter al organismo a variaciones imprevisibles. Es posible que la recepción de una parte de las multas impuestas ocasione conflictos de intereses. La dependencia de subvenciones de un presupuesto ministerial puede generar problemas de autonomía respecto de la dirección del ministerio. En la práctica, los presupuestos anuales de los distintos organismos reguladores de la competencia presentan grandes diferencias, aunque es difícil compararlos, ya que sus mandatos son diversos; por ejemplo, pueden incluir o no las esferas de la protección al consumidor o la política de ayudas del Estado.

III. Procesos internos

31. Los procesos principales para contar con un organismo regulador de la competencia son establecer objetivos y prioridades, asignar los recursos correspondientes y garantizar la eficacia de las actividades para alcanzar esos objetivos⁸. De manera general, los objetivos globales del organismo se incluyen en la legislación, pero, normalmente, este debe identificar objetivos más concretos para ayudar a su personal a adoptar decisiones coherentes de asignación de recursos y permitir que las comunidades política y empresarial entiendan y evalúen la opción elegida. Algunos ejemplos podrían ser liberalizar ciertos sectores o limitar significativamente la conducta contraria a la competencia en ciertos

⁸ Grupo de Trabajo sobre la Aplicación de las Políticas de la Competencia de la RIC (2009). Seminario sobre la eficacia de los organismos reguladores de la competencia. Es la fuente principal de la mayor parte del material utilizado en esta sección.

sectores, reforzar notablemente el conocimiento de la comunidad empresarial sobre las ventajas de la competencia o luchar contra los cárteles. Esos objetivos pasan a formar el marco de un programa de trabajo, que asigna recursos de manera general a las actividades y establece prioridades.

32. Los distintos organismos establecen sus prioridades de diversas maneras. Dos de los métodos posibles son el establecimiento de límites para los exámenes de las fusiones o para iniciar una investigación y la elección de sectores específicos en que centrar los esfuerzos durante un período concreto. Otro método consiste en realizar un análisis modificado de la relación costo-beneficio en que se tengan en cuenta: a) las repercusiones en el bienestar de los consumidores en el mercado en que se llevará a cabo la intervención; b) la importancia estratégica del trabajo; c) la probabilidad de éxito; y d) los costos en recursos. Sin embargo, puede ser difícil determinar por adelantado qué actividades revestirán más trascendencia a largo plazo. En los casos en que los organismos presentan una gran proporción de actividad ejecutiva obligatoria, como las notificaciones de fusiones o las denuncias, tienden a crear herramientas para tratar más rápidamente las cuestiones que, claramente, no acarrear problemas de competencia. Los plazos jurídicamente vinculantes pueden mejorar el rendimiento en algunos ámbitos.

33. Los organismos reguladores de la competencia de pequeño tamaño y reciente creación pueden experimentar dificultades particulares al establecer estrategias y prioridades. En ocasiones les faltan recursos, capacidad de investigación y un entorno empresarial con una cultura de la competencia; a veces también están más sometidos a presiones políticas. Por otro lado, al ocuparse de un número menor de actividades, las tareas de supervisión realizadas por la dirección son más sencillas.

34. La asignación de recursos está relacionada no solo con el establecimiento de prioridades (por ejemplo, "¿En qué tareas de promoción o de cumplimiento nos centramos y en cuáles no?"), sino también en la asignación de personas a las distintas funciones con fines de motivación y desarrollo.

35. Los organismos reguladores de la competencia necesitan personal altamente calificado, pero no pueden competir con los sueldos del sector privado. Por lo tanto, para motivar y retener a su personal utilizan otros incentivos, como formación de gran calidad, la posibilidad de realizar labores académicas y una mejor conciliación entre el trabajo y la vida privada. Una rotación excesiva de personal puede dejar al organismo en cuestión con un superávit de licenciados sin experiencia, lo cual supondría una "ventaja estructural en cuanto a personal" para los bufetes de abogados que se enfrentan a los organismos en litigios; sin embargo, una rotación insuficiente puede provocar estancamiento. La formación en materia de gestión de proyectos, procedimiento y técnicas de comunicación y promoción puede complementar la experiencia más académica de los abogados y economistas que predominan en muchos de los organismos.

36. La evaluación de la eficacia de, entre otras cosas, las decisiones, la promoción, los estudios y las orientaciones para identificar las mejoras fue el tercer gran proceso interno descrito en el seminario de la RIC. En la mayoría de las jurisdicciones, los legisladores optan por supervisar mediante examen judicial. Suelen considerar que el examen judicial independiente de las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia, ya sea a través de los tribunales ordinarios o de los tribunales administrativos, contribuye a la equidad y la integridad del proceso de adopción de decisiones. La mayoría de las jurisdicciones parecen estar a favor de un examen procedimental de los casos relacionados con la competencia, en el cual el órgano de apelación se limita a estudiar la ley⁹ y a

⁹ RIC (2003), Building credible competition authorities in developing countries and transition economies. Informe elaborado por el Grupo de Trabajo sobre el Fomento de la Capacidad y la

examinar los procedimientos aprobados por los organismos reguladores de la competencia en el ejercicio de sus funciones de investigación y de adopción de decisiones, en lugar de estudiar *de novo* las pruebas y los argumentos jurídicos. En consecuencia, no se persigue que los tribunales sustituyan su propia apreciación, sino que decidan si el organismo regulador de la competencia ha abusado de sus facultades discrecionales. Los motivos para el examen a menudo incluyen la falta de jurisdicción, los errores de procedimiento y de derecho, los errores en el razonamiento, los errores manifiestos de apreciación y los errores de hecho. En este contexto, el examen judicial generalmente se considera como un proceso definitivo en el que el fallo se basa en resultados o medidas ya tomadas; es decir, decisiones ya adoptadas por el organismo regulador de la competencia en función de si la facultad decisoria recae en el director general, en una junta de comisionados o en un órgano cuasi judicial independiente que sea un tribunal de la competencia especializado (por ejemplo, Brasil, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Sudáfrica). La RIC (2003) afirma que las estructuras de adopción de decisiones en las que la separación entre los procesos de investigación y de decisión es estricta son probablemente más aceptables en un examen judicial que los sistemas en los que están unificadas. En este contexto, se considera una corroboración el éxito del recurso de inconstitucionalidad por la falta de separación entre las funciones de investigación y de decisión en la Ley de competencia leal de Jamaica.

37. En el contexto del examen judicial, cabe señalar que en muchos países queda confinado a los tribunales administrativos o bien el tribunal administrativo es el de primera instancia (por ejemplo, en Colombia, Croacia, Letonia, la República Bolivariana de Venezuela, Túnez y Turquía). En algunas jurisdicciones se han constituido tribunales de apelación especializados en materia de competencia (por ejemplo, en Dinamarca, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur y Sudáfrica). En algunos casos el poder ejecutivo puede desestimar las decisiones del examen de la competencia en situaciones excepcionales (por ejemplo, en Croacia). Sin embargo, en el caso concreto de Croacia, la disposición concreta de la Ley de procedimientos administrativos generales será enmendada a petición de la Comisión Europea.

IV. Retos especiales para los organismos reguladores de la competencia de reciente creación

38. En un estudio¹⁰ realizado por la RIC se pusieron de relieve las siguientes dificultades para los organismos reguladores de la competencia de reciente creación:

- a) La legislación no era adecuada, ya que no contemplaba debidamente la conducta contraria a la competencia ejercida en la economía nacional ni facilitaban la eficacia de las tareas de cumplimiento por parte del organismo;
- b) La cooperación y coordinación con los ministerios concretos del Gobierno y otros organismos normativos eran escasas;
- c) El presupuesto no era lo suficientemente grande para que el organismo pudiera operar con eficacia;
- d) Había muy pocos profesionales calificados; o bien no estaban en el país o no les atraía trabajar para ese organismo a causa de las escalas salariales del funcionariado;

Aplicación de las Políticas de la Competencia de la RIC. Segunda conferencia anual de la RIC. Mérida (México), 23 a 25 de junio.

¹⁰ RIC (2006), Lessons to be learnt from the experiences of young competition agencies. Grupo de Trabajo sobre la Aplicación de las Políticas de la Competencia, subgrupo 2. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

e) La judicatura no estaba familiarizada con el derecho de la competencia y sus aspectos económicos;

f) No se había desarrollado una "cultura de la competencia" entre la comunidad empresarial, el gobierno, los medios de comunicación y el público en general.

39. Muchos de esos problemas están relacionados. Por ejemplo, está claro que la falta de una "cultura de la competencia" se traduce en una legislación inadecuada, falta de cooperación de otros elementos del gobierno, un presupuesto deficiente en su conjunto y una judicatura sin capacitación.

40. Según el estudio, prácticamente todos los organismos reguladores de la competencia examinados intentaban enmendar la legislación para incluir las cuestiones prácticas y específicas de las prácticas comerciales nacionales, o ya la habían enmendado. Además, se concluyó que la falta de cooperación y coordinación se debía a la introducción reciente del derecho de la competencia sin las cláusulas necesarias para solucionar los conflictos con la legislación anterior. Las respuestas eran variadas e incluían: a) la negociación; b) la presión mediante protocolos de intenciones entre organismos reguladores; y c) la introducción de los cambios necesarios en la legislación. Para solucionar la cuestión de los bajos presupuestos se recurría a diversos métodos, como racionalizar la tramitación de casos, limitar los casos *ex officio* y, de ser posible, imponer tasas por el trabajo realizado. En cuanto a la rotación de personal calificado, se realizaban programas de formación, a menudo con ayuda de los programas de asistencia técnica de los organismos donantes; sin embargo, algunos organismos habían sufrido períodos de escasez grave. En algunos casos, si bien es cierto que solía tratarse de países desarrollados, se habían diseñado programas permanentes de formación en colaboración con la comunidad académica local. La formación de los fiscales de la judicatura local se había llevado a cabo mediante seminarios y talleres. Para desarrollar una cultura de la competencia se habían utilizado diversos medios de educación y persuasión, especialmente a través de los medios de comunicación, pero también de discursos, seminarios y sitios web. En el estudio se hizo hincapié en la importancia de tener en cuenta que todos los programas exitosos habían intentado incluir en gran medida a los medios de comunicación.

41. En un examen de la experiencia de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación en países en proceso de reforma¹¹ se pone de relieve la continua importancia de las personas para determinar el éxito o fracaso de los nuevos organismos. Sin embargo, para que un organismo regulador de la competencia retenga su eficacia, la salida de personas carismáticas no debería perjudicarlo de manera significativa. Si bien los regímenes de defensa de la competencia pueden prescribir las calificaciones de las personas nombradas para ocupar esos cargos, así como las garantías de que disfrutaban, los procesos de adopción de decisiones que deben seguir y los recursos que pueden utilizar para alcanzar los objetivos en materia de competencia, es imposible erradicar completamente el elemento humano. Sin embargo, a largo plazo, la legitimidad de un organismo debe ser institucional y no puede depender exclusivamente de las cualidades personales de su dirigente, por muy buenas que sean. De no ser así, se corre el riesgo de perder eficacia si los dirigentes brillantes y carismáticos se van.

42. Los organismos reguladores de la competencia de reciente creación suelen enfrentarse a problemas más graves que los organismos arraigados, en particular cuando forman parte de un programa de reforma más amplio que incluya la privatización y la desregulación. En esos casos, todo el personal carecerá, por lo general, de experiencia para hacer cumplir las normas de competencia y de prácticas arraigadas o de precedentes en que

¹¹ Véanse los exámenes entre homólogos de la UNCTAD sobre políticas de la competencia en <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4163&lang=1>.

basarse. Sucede lo contrario en los organismos arraigados, donde suele haber por lo menos algunos veteranos. En muchos países en desarrollo no suele haber información sobre el desempeño ni datos fiables sobre las empresas y las industrias. Puede darse el caso de que el organismo regulador de la competencia tenga que tomar decisiones impopulares en un momento en que la privatización sea polémica, y los consumidores pueden tener expectativas poco realistas sobre la bajada de los precios y las mejoras tangibles en los servicios. Al mismo tiempo, el concepto de organismo regulador de la competencia "independiente" sería novedoso en muchas sociedades, lo cual generaría problemas adicionales para determinar la función y la legitimidad del organismo y sus decisiones. La promoción de la competencia sería esencial para ganar credibilidad y apoyo, ya que la comunidad jurídica, el sector empresarial, el poder judicial y el poder legislativo carecerían de conocimientos sobre competencia o estos serían limitados. En estas circunstancias, un organismo regulador de la competencia puede estar mejor situado para influir positivamente en la política gubernamental si colabora estrechamente con el gobierno, pero esto puede suponer una injerencia política excesiva que incluya el cabildeo empresarial.

43. En los países en desarrollo, la financiación de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación puede ser especialmente difícil de lograr. Por diversos motivos —como una contabilidad y medidas de control inadecuadas, el riesgo de fraude y corrupción, o una reticencia general a introducir lo que podría constituir un impuesto diferenciado a los distintos segmentos de la sociedad para los servicios públicos— algunos gobiernos se resisten a permitir que los organismos independientes obtengan financiación de otras fuentes. Por ejemplo, el Gobierno de Jamaica ha rechazado reiteradamente las solicitudes de su Comisión de Comercio Leal para cobrar por algunos de sus servicios. La Comisión ve limitado el ejercicio de sus funciones de aplicación de las normas de competencia y sus iniciativas de promoción ya que las subvenciones gubernamentales son insuficientes. Los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo se encuentran a menudo en un círculo vicioso en que la escasez de financiación afecta no solo a su capacidad para realizar las actividades de cumplimiento, sino también a su capacidad para supervisar los efectos de sus actividades y, por lo tanto, demostrar su importancia; si pudieran hacerlo, mejorarían su credibilidad, se facilitarían la rendición de cuentas y se justificaría una mayor financiación. A menudo, la responsabilidad de generar credibilidad entre el público en general y en el gobierno recae totalmente en el organismo regulador de la competencia. En este contexto, el apoyo político directo inicial a la aplicación de las normas de competencia suele sentar las bases para un entorno propicio a la labor del organismo en el futuro.

44. Sobre la base de su amplia experiencia de colaboración con organismos reguladores de la competencia nuevos y veteranos, Kovacic elaboró un resumen¹² de las principales tareas que debe realizar un organismo nuevo durante sus primeros diez años, a saber:

- a) Labrarse credibilidad y una "presencia" mediante las labores de cumplimiento, promoción, publicidad y un buen proceso;
- b) Contratar y retener a dirigentes y personal de calidad;
- c) Controlar las expectativas y las demandas;
- d) Lograr autonomía en cuanto a la apertura de expedientes y la adopción de decisiones, pero sin aislarse del proceso político;
- e) Persuadir a los tribunales, entre otras cosas en lo que concierne al ámbito de aplicación de la ley;

¹² Kovacic W. E. (2010), The first decade: challenges facing new competition agencies. Ponencia realizada en Belgrado, 26 de junio. Disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/100626belgradecompetition.pdf>.

- f) Reunir información y obtener facultades sancionadoras;
- g) Trabajar en la idoneidad del proceso administrativo;
- h) Crear vínculos con otras instituciones, como organismos reguladores sectoriales, asociaciones de consumidores, organizaciones empresariales, universidades y medios de comunicación; y
- i) Crear conciencia entre el sector empresarial y la sociedad en general sobre el derecho de la competencia.

45. Es muy importante tener en cuenta que la falta de conocimientos tiene también repercusiones en la independencia y la rendición de cuentas del organismo regulador de la competencia, que puede verse comprometido por una judicatura y un parlamento débiles y mal informados que no puedan cumplir con eficacia su función ejecutiva. Por ejemplo, la falta de conocimientos y la escasez de recursos financieros son dos de las razones por las que los países en desarrollo suelen experimentar retrasos en las causas judiciales, pero las mismas limitaciones de recursos reducen la posibilidad de crear tribunales especializados en materia de competencia. No todos los parlamentarios son capaces de analizar los informes sobre las cuestiones complejas y desconocidas de las normas relativas a la competencia. De ahí que un nivel mínimo de rendición de cuentas del organismo regulador de la competencia a un ministerio, o a través de él, pueda considerarse una solución factible al problema de la rendición de cuentas.

46. Un problema conexo es la escasez de conocimientos especializados locales e independientes a que pueden recurrir los organismos reguladores de la competencia de los países en desarrollo de vez en cuando para completar los conocimientos internos; estos conocimientos especializados pueden resultar especialmente pertinentes al realizar, por ejemplo, encuestas de mercado o investigaciones complejas. Las limitaciones de recursos pocas veces permiten contratar a asesores internacionales. Además, hay pocos catedráticos que tengan conocimientos suficientes sobre economía y derecho de la competencia, y la mayoría de los expertos de la comunidad jurídica —con frecuencia— actúan en nombre de los acusados en los casos de competencia, y su punto de vista puede, a menudo, estar afectado por ello.

47. El riesgo de corrupción y captación en los países en desarrollo es una cuestión problemática y estereotipada. Las pruebas empíricas con respecto a si la baja remuneración del sector público fomenta la corrupción son diversas y, en teoría, una remuneración más elevada no siempre reduce la corrupción. La aplicación de las normas de la competencia, especialmente en las jurisdicciones en que las comisiones de defensa de la competencia cuentan con miembros contratados a tiempo parcial que proceden del sector privado, plantea algunas cuestiones delicadas relacionadas con la imparcialidad y la independencia de los miembros. En efecto, hay dudas de que esos miembros que ocupan puestos de importancia en empresas privadas puedan mantener niveles deseables de objetividad, pues se produce un conflicto de intereses. Es un problema también para los países desarrollados, pero en las economías más pequeñas y pobres estas preocupaciones revisten especial importancia porque el número de candidatos de suficiente renombre es relativamente inferior. Aumenta también la probabilidad de que se elija a personas procedentes de grandes empresas predominantes en la economía y, por lo tanto, hay más posibilidades de que incumplan el derecho de la competencia. La omnipresencia de las grandes multinacionales en este grupo empeora el problema. Incluso cuando no se cometen faltas, sin supervisión ministerial ni mecanismos eficaces de rendición de cuentas puede ser difícil gestionar la percepción del público. Por razones obvias, la política de la competencia en los países en desarrollo puede, a veces, convertirse en una cuestión delicada y a menudo surge la pregunta de la "justicia"; el público puede considerar que ciertos aspectos son "injustos" aunque sean económicamente eficientes.

48. En los países en desarrollo, los mecanismos de rendición de cuentas tienden a ser débiles. Como ya se ha dicho, a menudo los parlamentos carecen de la capacidad necesaria para imponer la rendición de cuentas de manera adecuada. No se han definido claramente los resultados e indicadores. Aparte de poner los informes anuales y las decisiones finales al alcance del público, los organismos reguladores de la competencia pocas veces tienen los medios necesarios para consultar directamente con los ciudadanos o pedirles su opinión. Algunos organismos no tienen las capacidades o los recursos necesarios para crear sitios web y actualizarlos. En este contexto, los países en desarrollo ven con muy buenos ojos los exámenes voluntarios entre homólogos de la UNCTAD sobre los regímenes de aplicación de las normas de la competencia, que sirven no solo como mecanismo para evaluar las repercusiones de dicha aplicación y determinar los aspectos que hay que mejorar, sino también como instrumento independiente de rendición de cuentas.

49. Los países en desarrollo y los países con economías en transición se enfrentan a diversos obstáculos a la competencia. Necesitan urgentemente aprobar una legislación y políticas de la competencia eficaces. Sin embargo, debido a diversas características de mercado y a problemas jurídicos y de aplicación, es mucho más difícil aplicar la legislación y las políticas de la competencia en los países en desarrollo que en los países desarrollados. En aquellos, los obstáculos son la gran magnitud del sector no estructurado de la economía, los problemas relacionados con el pequeño tamaño y los grandes obstáculos a la entrada, las dificultades para inculcar una cultura de la competencia y las limitaciones de la capacidad y la economía política. Es importante que cada país adapte su estructura institucional a sus circunstancias dentro de esas limitaciones.

50. Estas características dan a entender que los mercados no competitivos son un problema aún mayor en los países en desarrollo. La necesidad de aplicar de forma efectiva las normas relativas a la competencia es enorme, pero los organismos reguladores de la competencia de reciente creación se enfrentan a graves limitaciones institucionales, políticas, humanas y financieras que obstaculizan el cumplimiento eficaz de la normativa.

51. También está claro que la aplicación de las normas de la competencia no puede disociarse del contexto más amplio en que se lleva a cabo y que entre los elementos de la independencia operacional figuran un proceso transparente por el cual, en las decisiones relativas a dicha aplicación, se tienen en cuenta consideraciones que no están relacionadas con la eficiencia (interés público). Para los organismos reguladores de la competencia de reciente creación, ese puede ser un mecanismo esencial de rendición de cuentas. Lograr un consenso sobre qué constituye una injerencia política indebida y sobre los parámetros de referencia cualitativos con los que se evalúa es una cuestión compleja, ya que incluye juicios subjetivos en mayor o menor medida.

52. Tener en cuenta los diversos criterios mencionados puede ser un factor importante al elaborar los objetivos nacionales. Puede haber bastantes diferencias entre las prioridades de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación y los veteranos. Sin embargo, existe el riesgo de pedir demasiado a los primeros cuando otros instrumentos normativos pueden ser más adecuados para lograr determinados fines. Esto da más valor a la evaluación y al establecimiento de prioridades. Es necesario entender los efectos de un programa de aplicación de las normas relativas a la competencia de un país a fin de determinar el potencial y las limitaciones de un organismo regulador de la competencia.

A. Parámetros de referencia de los perfiles institucionales

53. Para diseñar regímenes de defensa de la competencia fiables y eficaces hace falta tiempo y perseverancia. Cuando los responsables de formular políticas en los países en desarrollo y los países con economías en transición intentan mejorar el desempeño de los

organismos reguladores de la competencia de reciente creación, pueden recurrir a las mejores prácticas internacionales para establecer parámetros de referencia de los perfiles institucionales de los organismos reguladores de la competencia y su capacidad para lograr una aplicación eficaz.

B. Desarrollo de una cultura de la competencia

54. La inexistencia de una cultura de la competencia puede ser un obstáculo considerable para la aplicación eficaz de una nueva ley de la competencia. Por lo tanto es importante que haya una buena comunicación dentro de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación, de manera que se pueda entender y apreciar tanto la naturaleza como el efecto de sus intervenciones. Así puede justificarse, en cierta medida, la realización de evaluaciones *a posteriori*, para poder cuantificar, en líneas generales, las consecuencias y difundirlas.

C. Actualización y enmienda de leyes, directivas y procedimientos

55. Al utilizar parámetros de referencia pueden diagnosticarse los principales cambios administrativos y de procedimiento necesarios para que el organismo regulador y la ley funcionen de manera óptima. En los últimos años, un ejemplo importante ha sido la aplicación eficaz de una política de indulgencia corporativa. En diversas jurisdicciones, los exámenes externos entre homólogos han ayudado también a imprimir impulso político para lograr los cambios necesarios.

56. En su presentación, la Comisión Europea señala que la Dirección General de Competencia realiza exámenes periódicos de los instrumentos legislativos, como las normas sobre exención por categorías, cuando llega el momento de enmendarlas. Generalmente, en esos exámenes se utilizan estudios de casos y encuestas para determinar sus repercusiones y eficacia, con miras a una posible enmienda. Las investigaciones generales pueden realizarse mediante audiencias, cuestionarios y consultas. Esto puede integrarse en el proceso político y servir de base para la preparación de los libros verdes y blancos que, en última instancia, llevarán a la fase de enmienda.

D. La evaluación como herramienta para lograr la eficiencia de las intervenciones

57. El motivo más obvio para realizar una evaluación es buscar medios para mejorar las intervenciones. Debido a las limitaciones de recursos a que se enfrentan la mayoría de las autoridades, es importante reflexionar sobre los procesos y las prácticas y sacar el máximo provecho a la eficacia potencial de los recursos de un organismo en concreto. Además, esto es especialmente válido en el contexto de las políticas de la competencia, donde no puede sencillamente transponerse un conjunto de leyes y procedimientos de "mejores prácticas". En las políticas de la competencia, si bien puede aprenderse mucho de las comparaciones y los parámetros de referencia, no hay una solución universal y las jurisdicciones tienen que encontrar los métodos que mejor se ajustan a sus necesidades.

58. Las evaluaciones pueden ayudar a examinar los problemas más graves de la economía política, y dotar así de legitimidad al sistema normativo. Por otra parte, las limitaciones de capacidad de los países en desarrollo y los países con economías en transición dificultan la adecuada realización de estas evaluaciones. No obstante, cuando la evaluación se realiza adecuadamente en estos contextos, puede dar una idea de las

limitaciones a la competencia específicas de cada país, derivadas de las características enumeradas, así como sugerir posibles soluciones.

E. Exámenes entre homólogos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

59. Los exámenes entre homólogos de la UNCTAD y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) son un medio importante para que los países establezcan como referencia un diseño institucional acorde a sus circunstancias y a sus procesos de gestión y para que reciban comentarios sobre la idoneidad de sus criterios de intervención y posibles impedimentos a la aplicación eficaz de sus regímenes de defensa de la competencia.

60. El proceso de examen entre homólogos puede ayudar enormemente al desarrollo del régimen nacional de defensa de la competencia. Este tipo de examen es uno de los métodos de trabajo preferidos por la UNCTAD y la OCDE en lo que concierne al derecho y la política de la competencia. En una conferencia reciente, un orador del Brasil indicó que participar en varios exámenes en calidad de donante era muy útil y suscitaba la reflexión. En su presentación ante la mesa redonda, Turquía mencionó que el valor del examen entre homólogos residía en su preparación por "expertos que habían consultado a terceros, como profesionales, académicos, miembros de asociaciones comerciales y funcionarios que trabajaban para diversos organismos gubernamentales, además de personal del organismo regulador". En ese país, la participación en el proceso ayudó a impulsar el desarrollo del programa de indulgencia, a realizar modificaciones en el control de las fusiones, a aumentar las multas máximas por las infracciones, a realizar cambios de forma en las transacciones judiciales, y a mejorar de los conocimientos jurídicos y económicos de la Junta de la Competencia de Turquía.

61. Otro foro que permite celebrar debates externos sobre los procesos y normas es la RIC, que ayuda a desarrollar la cooperación informal y el intercambio de conocimientos entre organismos y puede fomentar la cooperación y la armonización no vinculantes y ayudar a que se proporcionen conocimientos útiles para la labor del régimen regulador de la competencia de un país.

62. Los organismos reguladores de la competencia de reciente creación deberían pedir ayuda a las organizaciones internacionales y a sus homólogos en otros países. La cooperación, en especial en el plano regional, es esencial para esos organismos, que deberían sacar también el máximo provecho a las interacciones informales con los organismos de otros países. En ese marco podría abordarse también la cooperación técnica.

V. Oficinas reguladoras de la competencia precarias

63. En ocasiones, el derecho de la competencia y el correspondiente organismo regulador forman parte de un paquete de ajustes estructurales y no son el resultado orgánico de la situación política y económica de un país o región. Al no gozar de un apoyo político o económico significativo, su personal está formado por unos cuantos funcionarios bienintencionados pero sin recursos. ¿Puede una oficina de ese tipo influir para alcanzar los objetivos del derecho de la competencia? Según una experta, que señaló las dificultades inherentes de los requisitos necesarios para que el derecho de la competencia sea útil y

significativo, "si no se dispone de los elementos cruciales, es normal que los responsables de formular políticas opten por no tomar ningún tipo de medida antimonopolio"¹³.

64. Un organismo regulador de la competencia débil en circunstancias poco favorables tiene pocas opciones. Habida cuenta de todo lo anterior, está claro que lo mejor es dejar que otros se ocupen de la aplicación de las normas, actividad que requiere muchos recursos. Por desgracia, si se hace eso desaparecen inmediatamente todos los efectos disuasorios de los cárteles y otras conductas contrarias a la competencia. El fomento de la competencia puede dirigirse a los organismos poderosos que gozan de mandatos y perspectivas afines a la competencia. Por ejemplo, el regulador de las telecomunicaciones puede ser partidario de una mayor competencia en la telefonía móvil o el banco central puede estar de acuerdo en aumentar la competencia en el sector bancario. Otra estrategia de promoción puede consistir en identificar los posibles beneficiarios de (en particular) la reducción de las barreras a la entrada en un mercado y realizar estudios para determinar sus ventajas potenciales y ofrecerles explicaciones de manera que puedan entender los beneficios que reviste la competencia en su caso. Los excluidos no serán necesariamente los más beneficiados; a veces, al contrario, se trata de entidades poderosas que controlan servicios o bienes ineficientes o poco competitivos, como las empresas que necesitan transporte.

65. La cooperación con otros organismos reguladores de la competencia puede facilitar el intercambio de medidas de fomento de la capacidad y de asistencia técnica. Si bien es posible que tener en cuenta las consecuencias de la labor de aplicación en otro país no entre en su mandato, sin duda pueden existir consecuencias transfronterizas positivas, y subrayarlas puede ayudar a las actividades nacionales de promoción.

66. En suma, los limitados recursos de que disponen los organismos reguladores de la competencia débiles para realizar actividades de promoción y estudios deberían desplegarse tan estratégicamente como los de los organismos con más recursos; además, los organismos débiles deberían evaluar los avances y los retrocesos y utilizar los resultados para revisar las opciones estratégicas. Aunque no haya una base para la eficacia, las prácticas de buena gobernanza pueden evitar el descrédito de los organismos reguladores de la competencia, y un enfoque centrado en los objetivos estratégicos y en una elección inteligente de las actividades puede ser positivo para la competencia.

VI. Temas para el debate

a) En una jurisdicción en que la idea de la competencia se opone a los valores históricos o tradicionales, ¿qué medidas pueden adoptarse para garantizar que la misión de un organismo regulador de la competencia sea aceptada por toda la sociedad?

¹³ Fox E. (2008), Antitrust, economic development and poverty: the other path. Ponencia presentada al Grupo ad hoc de expertos sobre el papel del derecho y las políticas de la competencia en la promoción del crecimiento y el desarrollo. 15 de julio de 2008. Ginebra. Disponible en: http://www.unctad.org/sections/ditc_ccpb/docs/ditc_ccpb0003_en.pdf y basado en un artículo con el mismo título publicado en el *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 13, pág. 211. Su lista sobre cómo hacer que el derecho de la competencia sea útil y significativo incluía los siguientes requisitos: que el ámbito de aplicación de la ley sea suficiente; que el organismo regulador de la competencia sea independiente; que cuente con suficientes recursos y con personal formado, capacitado e incorruptible; que los canales de apelación estén a su vez bien capacitados y sean incorruptibles; que se respeten las debidas garantías en todos los procesos; que todas las instituciones trabajen de manera transparente y responsable, y que se publiquen sus fallos y decisiones; y que el organismo recurra al fomento de sus actividades.

b) Los gobiernos que se disponen a aplicar por primera vez una política de la competencia eficaz pueden carecer de los conocimientos necesarios. ¿Qué estrategias pueden emplearse para atraer los conocimientos y el talento necesarios al organismo?

c) En una sociedad caracterizada por la existencia de empresas dominantes, puede que un organismo eficaz en la promoción de la competencia sea objeto de oposición política. ¿Qué estrategias pueden usarse para garantizar la eficacia sostenible del organismo?

d) ¿Cómo puede contribuir el fomento de la capacidad a la eficacia de los organismos reguladores de la competencia de reciente creación? ¿Cuáles son las mejores prácticas para mejorar los conocimientos del personal?

e) Formular un conjunto de prioridades durante los primeros años de funcionamiento y evaluar las repercusiones de las decisiones relativas a la competencia.
