



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr. general
30 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

Contribución de la política de la competencia a la promoción del desarrollo económico: Formulación adecuada y aplicación efectiva del derecho y la política de la competencia

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen ejecutivo

Para apoyar eficazmente el proceso de desarrollo, el derecho y la política de la competencia deben apoyarse y ser compatibles con otras políticas complementarias en favor del desarrollo que puedan influir en el desarrollo económico. Varios factores —incluidas las esferas social, económica y política— dictan las decisiones sobre las disposiciones relativas a la competencia y el diseño de la aplicación de la ley. Además, las prioridades aprobadas por los gobiernos con respecto al apoyo presupuestario, la disponibilidad de mano de obra y el apoyo político determinan en gran medida la eficacia de los organismos. Los Estados desean utilizar su espacio para la formulación de políticas para adaptar las leyes sobre la competencia y las instituciones encargadas de su aplicación a las condiciones locales. El informe analiza asimismo los efectos de la política de la competencia sobre el desarrollo económico. En particular, aborda a) la eficacia del derecho y la política de la competencia en la promoción del desarrollo económico; b) los factores que pueden incrementar o dificultar dicha eficacia; c) dado que los países se encuentran en diferentes fases de su proceso de desarrollo económico, ¿deben variar la formulación y la aplicación del derecho y la política de la competencia? y, en caso afirmativo, ¿de qué manera?

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción		3
I. Adecuada formulación de la política y el derecho de la competencia y su marco institucional en los países en desarrollo y las economías en transición		4
A. Independencia de la autoridad encargada de la competencia		5
B. Examen judicial de los casos relacionados con la competencia		6
C. Dotación de personal y recursos financieros de la autoridad encargada de la competencia		7
D. Exenciones y autorizaciones		7
E. Promoción de la competencia		8
F. Relaciones con los reguladores sectoriales		9
G. Privatización, concesiones y política de la competencia		9
H. Interés público y política de la competencia		10
I. Tamaño y regulación del mercado		11
J. Sectores no estructurados		11
K. Agrupaciones regionales y normas comunes en materia de competencia		12
II. Evaluación de los efectos de la aplicación del derecho y la política de la competencia sobre el desarrollo		12
A. Efectos de la política de la competencia y su aplicación		12
B. Examen de estudios empíricos seleccionados		16
III. Enseñanzas para el futuro: cómo mejorar la formulación y la aplicación de la política de la competencia en los países en desarrollo y otros países		18

Introducción

1. La competencia hace referencia a la rivalidad entre las empresas que operan en el mercado. También abarca la rivalidad prevista o potencial. La política de la competencia se refiere a la política gubernamental dirigida a preservar o promover la competencia entre los actores del mercado y a promover otras políticas y procesos gubernamentales que permiten que se desarrolle un entorno competitivo. La política de la competencia cuenta con dos instrumentos principales. El primero es un derecho de la competencia que contiene normas para limitar la conducta anticompetitiva del mercado, además de un mecanismo de aplicación, como una autoridad. El segundo instrumento principal, especialmente importante en la relación con otras políticas económicas, es la promoción de la competencia.

2. En los últimos años se ha observado una tendencia hacia la convergencia en el ámbito, la cobertura y la aplicación de las leyes y políticas de la competencia en todo el mundo. Los motivos son a) la tendencia generalizada hacia la liberalización de los mercados y la aprobación de políticas de la competencia; b) un mayor énfasis en los objetivos de bienestar del consumidor, eficiencia y competitividad en la dotación o la aplicación de las leyes sobre la competencia; c) una mayor similitud de los análisis económicos y las técnicas de aplicación; d) la condena universal de las prácticas colusorias; e) el endurecimiento de la aplicación de las leyes; f) un papel más destacado de las autoridades encargadas de la competencia en la promoción de los principios de la competencia en la aplicación de otras políticas gubernamentales; y g) el fortalecimiento de las consultas y la cooperación internacional.

3. No obstante, persisten muchas diferencias importantes entre las leyes y políticas de la competencia, incluso en: a) la prioridad asignada a la política de la competencia en comparación con otras políticas; b) la importancia otorgada a objetivos distintos del bienestar del consumidor o la eficiencia en muchas leyes sobre la competencia; c) los enfoques jurídicos sobre el control de las prácticas anticompetitivas; d) las técnicas analíticas utilizadas; e) las normas significativas aplicables en particular a restricciones verticales, abusos de posiciones dominantes, fusiones, empresas conjuntas e interrelaciones; f) la estructura o el ámbito de las exenciones *de minimis*, de la propiedad intelectual o de otra índole; g) las capacidades de aplicación y la fuerza real de la aplicación; h) las doctrinas jurídicas en virtud de las que se aplican las leyes de la competencia fuera del territorio nacional; i) la capacidad real de aplicarlas o la frecuencia de su aplicación; j) el grado de participación de los diferentes países en la cooperación internacional en este ámbito; y k) las restricciones reguladoras a la entrada a los mercados.

4. A pesar de estas diferencias, existen similitudes suficientemente amplias en los objetivos, el contenido y la aplicación de las leyes y políticas sobre la competencia para formar una base significativa para la formulación de unas leyes sobre la competencia adecuadas que reflejen las circunstancias específicas de los países en desarrollo y sus capacidades de aplicación.

5. Algunas leyes nacionales de los países en desarrollo y las economías en transición han seguido los modelos de los países desarrollados. Además, un número importante de leyes de Europa central y oriental reproducen las principales disposiciones de las normas sobre la competencia de la Unión Europea (UE). Esto es especialmente cierto con respecto a las economías en transición que han concluido acuerdos de asociación con la UE y que aspiran a una plena adhesión a la UE. Para otros países es posible que la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD (la Ley tipo) proporcione un modelo. La Ley tipo refleja las recientes tendencias de la legislación en materia de competencia en todo el mundo y se complementa con los comentarios conexos que han demostrado su importancia

para el proceso. El texto también se basa en el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas de las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo quinto período de sesiones, el 5 de diciembre de 1980, mediante la resolución 35/63 (el Conjunto de las Naciones Unidas), y ha sido revisado y reformulado para facilitar su lectura, tal como solicitara el Grupo Intergubernamental de Expertos en su décimo período de sesiones, que actuó como reunión preparatoria de la Sexta Conferencia de Examen de las Naciones Unidas.

6. El Conjunto de las Naciones Unidas hace hincapié en el objetivo de la política de la competencia de promover el desarrollo económico, y muchos países en desarrollo consideran que la competencia desempeña ese papel. En este contexto, la "competencia" constituye un objetivo intermedio y el desarrollo económico es el objetivo final. Otros objetivos relativamente comunes son la promoción de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), la limitación de la concentración indebida de poder económico y la garantía de una competencia leal. Los objetivos de interés público —que pueden ser pertinentes para los objetivos de desarrollo— están bastante difundidos entre los países en desarrollo, pero también están presentes en las leyes sobre la competencia de algunos países desarrollados.

I. Adecuada formulación del derecho y la política de la competencia y su marco institucional en los países en desarrollo y las economías en transición

7. Para ser eficaz, la formulación del sistema de competencia requiere una detallada evaluación previa a la reforma de las condiciones existentes en el país; también debe prestarse atención al modo en que se aplicará la política de la competencia. Una evaluación detallada de las condiciones iniciales no sólo influirá en las decisiones acerca del contenido de fondo de la ley de la competencia, sino que también identificará los puntos débiles en las instituciones en las que se apoya y ofrecerá planes para mejorar su capacidad.

8. Las decisiones acerca de la formulación adecuada de la política de la competencia en los países en desarrollo deben, por tanto, reconocer los aspectos distintivos de su entorno económico, social y cultural. La información disponible demuestra que, en la mayoría de los países en desarrollo, las capacidades de aplicación no coinciden con las exigencias de un sistema de competencia moderno.

9. La preocupación acerca de esta desigualdad entre las capacidades institucionales y las exigencias de una política de la competencia eficaz forman parte de un desafío más amplio que los países en desarrollo deben afrontar al introducir las reformas económicas y jurídicas. Cabe mencionar la protección de los derechos de propiedad, la creación de un sistema para hacer cumplir los contratos, la creación de marcos jurídicos para el establecimiento y la disolución de entidades comerciales y la mejora de las instituciones financieras y los bancos.

10. Las instituciones —formales, como los marcos jurídicos, e informales— forman parte de la arquitectura inadvertida pero necesaria de los mercados. La arquitectura institucional que rodea a los mercados que funcionan correctamente (incluidos los mercados de capitales y de trabajo) desempeña un papel fundamental en el desarrollo económico y la eficiencia. A diferencia de los países desarrollados, muchas economías en desarrollo no tienen mercados de factores que funcionen bien —como los mercados bursátiles y de renta fija— y con frecuencia no pueden crear las instituciones que apoyen el funcionamiento de los mercados, como las relativas a los códigos de quiebra, el eficaz cumplimiento de los contratos y otras similares. Estos "mercados inexistentes" e "instituciones inexistentes" alteran las políticas óptimas, y posiblemente viables, con

respecto a la competencia de una economía. Al mismo tiempo estos mercados e instituciones inexistentes tienen repercusiones para una aplicación óptima del derecho de la competencia.

11. Diferentes países aplicarán enfoques diversos en función de sus circunstancias, y no cabe esperar que un enfoque que funciona en un país se pueda imponer en otro. Las poderosas fuerzas que configuran los sistemas reglamentarios y de la competencia son a menudo exclusivos de cada país, y las diferencias nacionales imponen limitaciones importantes a la armonización. No obstante, la experiencia adquirida hasta la fecha en la formulación y la aplicación del derecho y la política de la competencia en los países desarrollados y en desarrollo sugiere una serie de cuestiones fundamentales que parece razonable aplicar en la mayoría de los países en desarrollo y de las economías en transición. Estas cuestiones se examinan a continuación.

A. Independencia de la autoridad encargada de la competencia

12. Existe un consenso generalizado en el sentido de que los reguladores independientes son esenciales para la gobernanza normativa en las economías liberalizadas. De hecho, la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD está formulada sobre la base de que el tipo de autoridad administrativa más eficaz para la aplicación de las normas de la competencia es probablemente aquella que a) es cuasi-autónoma o independiente del Gobierno, con sólidos poderes judiciales y administrativos para llevar a cabo investigaciones e imponer sanciones; y b) ofrece la posibilidad de recurrir a un órgano judicial superior.

13. Generalmente se acepta que las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia deben basarse en pruebas objetivas, que dichas autoridades deben respetar en todo momento los principios del mercado y que el proceso de adopción de decisiones debe ser neutral y transparente. El razonamiento que apoya esta opinión es que los buenos resultados de las políticas solo están garantizados cuando las decisiones adoptadas por la autoridad encargada de la competencia no están politizadas, no son discriminatorias y no se aplican sobre la base de los limitados objetivos de los grupos de interés. Este razonamiento normalmente se traduce en el requisito de que las autoridades encargadas de la competencia estén aisladas de injerencias políticas indebidas. En la práctica, esto requiere una separación entre la aplicación y la formulación de las políticas y un alejamiento de la estructura tradicional del mecanismo gubernamental. Por tanto, el Gobierno está obligado a ceder el control de las funciones cotidianas y la adopción de decisiones a la autoridad. Como consecuencia directa de ello, se priva a los grupos de interés privados de la posibilidad de ejercer presión sobre los ministros y de los medios para obtener un trato favorable.

14. Además de establecer la estructura de la autoridad, la base legislativa también 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.

15. Ocasionalmente pueden surgir tensiones entre los ministros responsables de la política de la competencia y las autoridades encargadas de la competencia como consecuencia de una falta de claridad acerca de las funciones y responsabilidades respectivas del ministro y la dirección de la autoridad encargada de la competencia, del modo en que la autoridad encargada de la competencia debe responder a la dirección

política y de las cuestiones relacionadas con la racionalización del gasto público del que deben rendir cuentas el ministro u otro departamento gubernamental.

16. Dado que la autoridad encargada de la competencia tiene la obligación legal de ejercer correctamente estas facultades discrecionales, es costumbre que el poder legislativo recurra a un examen judicial para supervisar las acciones coercitivas de la autoridad encargada de la competencia. La base legislativa prescribirá con frecuencia la función y la autoridad de los tribunales en la aplicación de la legislación en materia de competencia.

17. Es interesante señalar que, en algunos casos, una autoridad encargada de la competencia puede comenzar como un departamento ministerial y posteriormente obtener una mayor independencia (por ejemplo, el consejo de Túnez y los organismos del Brasil) sintomática de un proceso dinámico y evolutivo en juego. También existen casos en los que se ha ignorado la independencia jurídica de la autoridad encargada de la competencia. La Comisión de Control de Kenya para los Monopolios y los Precios forma parte del Ministerio de Finanzas, pero después del examen de la UNCTAD se redactó una nueva ley prescribiendo una configuración institucional autónoma de la Comisión. El anteproyecto de ley está en el Parlamento.

B. Examen judicial de los casos relacionados con la competencia

18. En la mayoría de las jurisdicciones, los legisladores optan por supervisar mediante un examen judicial. Generalmente se considera conveniente 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, por el bien de la equidad y la integridad del proceso de adopción de decisiones. La mayoría de las jurisdicciones parecen estar a favor de un examen del procedimiento de los casos relacionados con la competencia, en el cual el órgano de apelación se limita a estudiar la ley, incluyendo un examen de los procedimientos aprobados por las autoridades encargadas 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 la autoridad encargada de la competencia ha abusado de sus facultades discrecionales. Los motivos para el examen a menudo incluirán la falta de jurisdicción, los errores de procedimiento y de derecho, razones erróneas, el error manifiesto de apreciación y el error 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 adoptadas; es decir, decisiones ya adoptadas por la autoridad encargada de la competencia en función de si la competencia decisoria recae en el Director General, en una junta de comisionados o un órgano cuasi judicial independiente que sea un tribunal de la competencia especializado (por ejemplo, el Brasil, el Perú, Sudáfrica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). La Red Internacional para la Competencia asegura que las estructuras de adopción de decisiones en las que los procesos de investigación y decisión están estrictamente separados son probablemente más aceptables en un examen judicial que los sistemas en los que estas funciones están unificadas.

19. En el contexto del examen judicial, cabe señalar que en muchos países el examen judicial queda confinado a los tribunales administrativos o bien el tribunal administrativo es el de primera instancia (por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela, Colombia, Croacia, Letonia, Túnez y Turquía). En algunas jurisdicciones se han constituido tribunales de apelación especializados en materia de competencia (por ejemplo, Dinamarca, Singapur, Sudáfrica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). En algunos casos y en situaciones excepcionales el poder ejecutivo puede desestimar las decisiones del examen de la competencia, por ejemplo Croacia (véase TD/RBP/CONF.7/5).

C. Dotación de personal y recursos financieros de la autoridad encargada de la competencia

20. A pesar del aparente predominio de los organismos autónomos en muchos países en desarrollo, las condiciones económicas y fiscales menos favorables han exacerbado las tensiones y han sacado a la luz una serie de peligros relacionados con la creación de organismos del sector público en el contexto de una amplia brecha entre la necesidad y la disponibilidad de recursos. Los peligros están vinculados principalmente a la falta de conocimientos especializados, la baja remuneración de los empleados del sector público, los riesgos de corrupción y captación, las tensiones entre el ministro responsable del ámbito de la política de la competencia y la autoridad encargada de la competencia, así como una rendición de cuentas prácticamente nula.

21. En la mayoría de los países en desarrollo, los funcionarios públicos reciben una remuneración inferior a la de sus equivalentes del sector privado. Muchos países en desarrollo han experimentado una reducción de los salarios reales pagados a los empleados del sector público durante los últimos años. Las posibilidades de contratar y retener a personal altamente cualificado en la administración pública, y particularmente en áreas especializadas como la aplicación de las normas de la competencia, se ven por tanto afectadas negativamente. Los funcionarios públicos competentes tienden a abandonar el sector público cuando su formación y sus cualificaciones atraen la atención de los posibles empleadores del sector privado.

22. El riesgo de corrupción y captación en los países en desarrollo es un asunto problemático. Las pruebas empíricas con respecto a si la baja remuneración del sector público fomenta la corrupción son mixtas y la teoría no predice que una remuneración más elevada vaya a reducir siempre la corrupción. La aplicación de las normas de la competencia, especialmente en las jurisdicciones donde los miembros de la junta de comisionados son contratados a jornada parcial en el sector privado, plantea algunas cuestiones delicadas relacionadas con la imparcialidad y la independencia de los miembros.

23. Las preocupaciones siempre giran en torno a la capacidad de los miembros de la junta contratados a jornada parcial que ocupan cargos directivos en empresas privadas para lograr y mantener los niveles de objetividad deseados y dejar la puerta abierta entre el Gobierno y el sector. Este problema también afecta a los países desarrollados, pero en las economías más pequeñas y pobres estas preocupaciones adquieren un significado especial porque el grupo de personas con posiciones suficientemente altas que se puede seleccionar es relativamente más pequeño.

24. La escasez general de conocimientos especializados no sólo afecta a la autoridad encargada de la competencia sino también a la fraternidad jurídica, el sector empresarial, el poder judicial y el poder legislativo. Dado que la aplicación de las normas de la competencia no se emprende de forma aislada, la promoción de la competencia por parte de la autoridad se convierte en un factor crítico para ganar credibilidad y apoyo.

D. Exenciones y autorizaciones

25. Si bien las "prácticas recomendadas" sugieren que el derecho de la competencia debe aplicarse a todos los sectores y a todas las empresas de la economía que participen en actividades comerciales, en la práctica se conceden distintos tipos de exenciones por motivos sociales, económicos y políticos. No obstante, la concesión de exenciones no necesariamente implica un debilitamiento en la aplicación del derecho de la competencia. Por el contrario, la concesión de exenciones puede favorecer diversos objetivos del derecho

de la competencia y la política industrial. Un ejemplo es la actividad de investigación y desarrollo (I+D).

26. En numerosas jurisdicciones, determinadas actividades de I+D se pueden beneficiar de exenciones en el marco de la ley de la competencia. La I+D debe dirigirse a actividades que van desde la investigación pura a la mejora de los procesos de producción de determinados productos. Esto puede dar como resultado nuevos productos y precios más bajos, lo que aumentaría las opciones de los consumidores y su bienestar. En los sectores farmacéutico y de electrónica, por ejemplo, las empresas cooperan en la investigación y el desarrollo pero compiten enérgicamente en el precio y la venta de sus respectivos productos. En la mayoría de los casos, las exenciones están limitadas por la actividad y la duración y solo son aplicables en la medida en que se requieren para lograr esa cooperación. Desde la perspectiva de la política de desarrollo, las exenciones en I+D promueven el objetivo de reestructurar la economía hacia sectores basados en el uso intensivo de la tecnología y los conocimientos.

E. Promoción de la competencia

27. Además de las funciones de aplicación de las normas de la competencia, las autoridades encargadas de la competencia ejercen funciones de promoción. Aparte de las empresas y el público en general, el Gobierno en su conjunto (incluidos otros organismos de reglamentación) es un objetivo clave de la promoción de la competencia, especialmente en la medida en que guarda relación con la configuración de la política de la competencia y logra reformas favorables al mercado a través de la economía. En consecuencia, la capacidad de una autoridad encargada de la competencia para formular libremente observaciones y recomendar mejoras en la política pública, la reglamentación y la legislación es otro atributo por el cual se evalúa la independencia operacional de las autoridades encargadas de la competencia. Muchas leyes confieren a las autoridades encargadas de la competencia la responsabilidad de aconsejar al Gobierno acerca del efecto que tendrán las nuevas leyes y reglamentos propuestos sobre la competencia. En la India, por ejemplo, los gobiernos tienen la opción de pedir la opinión de la Comisión cuando examinan cuestiones de política de la competencia, mientras que el Gobierno autónomo de Andalucía (España), está obligado por ley a solicitar dicha opinión. No obstante, las opiniones de la comisión no son vinculantes para el ministro. Asimismo, en Túnez, el ministro puede consultar al Consejo de la Competencia sobre los nuevos proyectos de ley y cualquier otro asunto relacionado con la competencia, pero las opiniones del Consejo no son vinculantes para el ministro.

28. La promoción de la competencia es una herramienta para mejorar el cumplimiento voluntario y la coordinación de políticas. La promoción es una actividad esencial, especialmente para las nuevas autoridades encargadas de la competencia, cuyos interesados necesitan estar informados de la existencia y los objetivos de cada nueva ley de la competencia, así como de sus derechos y obligaciones.

29. En el transcurso de la formulación y la aplicación de las políticas económicas pueden surgir cuestiones relativas a la competencia. Por lo tanto, las autoridades encargadas de la competencia deben sensibilizar a los encargados de la formulación de políticas sobre las posibles sinergias y/o tensiones que pueden derivarse de determinadas medidas políticas incluyendo, aunque no exclusivamente, la creación y/o la protección de los defensores nacionales.

F. Relaciones con los reguladores sectoriales

30. El hecho de permitir la participación del sector privado en sectores importantes de un país crea mayores oportunidades para la competencia y su promoción. Como resultado de los avances tecnológicos, los sectores tradicionales están convergiendo con otros sectores y se está revisando el concepto de lo que constituye un monopolio natural. Sin embargo, pese a estos avances, un buen número de intervenciones gubernamentales han demostrado su conveniencia, no obstante lo dispuesto en el derecho de la competencia. Las autoridades encargadas de la competencia y los reguladores sectoriales coexisten bajo diversas condiciones. Cada país aborda la cuestión de los sectores regulados de forma diferente, pero algunas elecciones comunes implican la exclusión de algunos o todos los sectores regulados del ámbito de la ley de la competencia (por ejemplo, Colombia) o la concesión de una jurisdicción concurrente a la autoridad encargada de la competencia y al regulador sectorial sobre cuestiones relacionadas con la competencia en algunos o todos los sectores (por ejemplo, Sudáfrica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Los diversos enfoques pueden clasificarse por lo general en cinco permutaciones, como mínimo. La pauta dominante en la distribución de las competencias entre los reguladores y la autoridad encargada de la competencia rara vez consiste en que las autoridades encargadas de la competencia reemplacen a los reguladores de sectores específicos. Al igual que las autoridades encargadas de la competencia, es conveniente que los reguladores sectoriales asuman obligaciones respecto de la independencia y la rendición de cuentas.

31. Algunas áreas de la economía siguen siendo susceptibles a las deficiencias del mercado y la función del regulador sectorial continúa siendo importante (véase *infra*). A pesar del objetivo común, pueden surgir fricciones como resultado de las diferencias en la asignación de prioridades de los objetivos y los métodos utilizados por los reguladores sectoriales y la autoridad encargada de la competencia. El artículo 7 de la Ley tipo de la UNCTAD sobre las relaciones entre la autoridad encargada de la competencia y los organismos de reglamentación, incluidos los reguladores sectoriales, es una fuente de inspiración para los gobiernos que se enfrentan con esta cuestión. La Ley tipo establece que las autoridades encargadas de la competencia deben evaluar las barreras normativas a la competencia incorporadas en las disposiciones administrativas y económicas desde una perspectiva económica, incluso por motivos de interés general.

32. Uno de los principios rectores más importantes que se filtra a través de todas las generalizaciones anteriormente enumeradas es que cualquier forma de regulación debe realizarse a un nivel de gobernanza coherente con la eficacia reguladora. Otros principios que pueden facilitar esta aplicación son a) los principios que garantizan el acceso a la información necesaria para dictar sentencias coherentes (transparencia); b) la participación de todas las partes que probablemente se verán afectadas por una disposición (procedimiento reglamentario, por ejemplo, la promoción de la competencia); y c) la eliminación de los costos innecesarios debido a un exceso de regulación (proporcionalidad).

G. Privatización, concesiones y política de la competencia

33. En muchos países, la reforma económica incluye la introducción de la competencia en mercados con antiguos monopolios gubernamentales. Existe la tentación de transformar los monopolios públicos en privados. Una función importante de la autoridad encargada de la competencia es promover unas estructuras competitivas y normas que fomenten la competencia. Es mucho más fácil imponer un cambio estructural —como la separación vertical y las divisiones horizontales para crear competidores— antes de la privatización que después de ella. Los propietarios privados se resistirán a un cambio estructural que

destruya el valor. Por tanto, es esencial iniciar el proceso de reforma con un cambio estructural.

34. El derecho y la política de la competencia son necesarios para garantizar que los beneficios potenciales de la privatización se hagan realidad. Es preciso tomar en consideración las cuestiones relativas a la competencia en varias fases de la privatización, incluida su formulación, el proceso de adjudicación y su ejecución, así como el marco normativo para los mercados afectados. Solo si los posibles participantes tienen que competir entre sí tendrán incentivos a ofrecer unas condiciones más favorables.

35. Una vez completada la privatización, se deben restringir las posibles conductas anticompetitivas. Las concesiones, por ejemplo, suelen conferir una posición dominante en el mercado, en particular con respecto a los servicios de infraestructura. En semejante situación, un operador de infraestructuras, ya sean públicas o privadas, tiene escasos incentivos para bajar los precios o mejorar la calidad. El derecho y la política de la competencia, con frecuencia combinados con normas específicas de cada sector o condiciones contractuales de las concesiones, ayudan a restringir las conductas anticompetitivas. Las normas y las condiciones contractuales habitualmente imponen obligaciones con respecto a la calidad, la cobertura y las inversiones. Cuando es posible la competencia en la prestación de servicios —como en la telefonía móvil—, la presión competitiva ayuda a optimizar las ventajas de la participación del sector privado en términos de inversiones realizadas, ganancias de eficiencia obtenidas, calidad y cobertura de los servicios prestados así como en cuanto al nivel de precios.

36. La formulación de la privatización debe permitir la máxima competencia posible. Esto significa que la autoridad encargada de la competencia debe participar desde el inicio del proceso. Puede hacerlo mediante la promoción de la competencia y colaborando en la formulación de la estructura de la privatización para optimizar la competencia con posterioridad a la adjudicación. Asimismo, la autoridad encargada de la competencia puede aconsejar sobre los criterios de adjudicación más apropiados o el diseño de una subasta pública. En Chile, por ejemplo, el *Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia* intervino en la adjudicación de siete licencias para la ruta aérea Santiago-Lima. A fin de mejorar la competencia en esa ruta, el tribunal obligó a la autoridad encargada de la adjudicación a no adjudicar más del 75% de las rutas al mismo licitador en una primera ronda de la subasta pública. Únicamente si no participaban más licitadores en esa primera ronda dejaría de aplicarse la limitación en la segunda. También puede solicitarse asesoramiento sobre las normas específicas de cada sector.

H. Interés público y política de la competencia

37. Una serie de jurisdicciones han diseñado diferentes procedimientos para externalizar las decisiones sobre aspectos no relacionados con la eficiencia, normalmente a través de poderes judiciales (por ejemplo, los Estados Unidos de América) o ministeriales para designar las exenciones. De manera alternativa, otras jurisdicciones cuentan con procedimientos para importar los aspectos no relacionados con la eficiencia, de una manera aséptica, articulados en la ley de la competencia como disposiciones de interés público que obligan a la autoridad encargada de la competencia a solicitar una prueba de interés público determinada (por ejemplo, la Unión europea y Sudáfrica) o a otorgar poderes restringidos específicamente al ministro (por ejemplo Italia, Jamaica, Singapur y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), con frecuencia en relación con el examen de fusiones y adquisiciones. En muchos casos existen disposiciones de interés público de uno u otro tipo, pero la autoridad encargada de la competencia o el ministro se abstienen totalmente de aplicarlas (por ejemplo, Italia) o raras veces se activan.

38. También es importante reconocer que las decisiones relativas a las prioridades del derecho de la competencia no son necesariamente excepcionales, porque los países con frecuencia ajustan sus legislaciones nacionales o prioridades a los cambios, incluidos los de Gobierno. En este contexto, algunas leyes sobre la competencia incluyen una dispensa para el ministerio encargado de la política de la competencia para publicar de vez en cuando directivas en forma de directrices de política general (por ejemplo, el Pakistán, Suecia y Zimbabwe). En algunas jurisdicciones, los sucesivos ministros se han abstenido totalmente de ejercer esta dispensa (por ejemplo, Zimbabwe).

I. Tamaño y regulación del mercado

39. Un argumento frecuentemente citado en relación con los países en desarrollo y las pequeñas economías (incluidos los países desarrollados) es que los resultados impulsados por el mercado no necesariamente garantizan unos resultados eficaces y positivos para el bienestar del consumidor porque las causas de numerosos problemas de la competencia en los mercados pequeños son de naturaleza estructural. Este argumento refuerza no solo la idea de que puede existir una mayor dependencia de las disposiciones de interés público en las leyes sobre la competencia de las economías en desarrollo y pequeñas, sino que también señala la mayor dependencia de la reglamentación del sector con partes significativas de la economía que aún no están abiertas a la libre competencia.

J. Sectores no estructurados

40. En muchos países en desarrollo, una parte importante de las entidades productivas pertenecen al sector no estructurado. No son empresas registradas y no pagan impuestos. No obstante, las empresas del sector no estructurado a menudo generan una parte significativa de la producción en muchos sectores. Esta actividad no estructurada se atribuye en parte a la existencia de reglamentaciones gubernamentales engorrosas, incluidas las barreras a la entrada, y la falta de acceso a infraestructuras, la capacitación bancaria o la aplicación de la ley. La incapacidad para acceder a los tribunales limita su acceso a las transacciones contractuales comerciales.

41. La medida en que la actividad no estructurada afecta a la aplicación del derecho de la competencia puede diferir de una autoridad encargada de la competencia a otra. En la mayoría de los países, las leyes sobre la competencia se aplican a la actividad económica desarrollada por el sector no estructurado. Sin embargo, la aplicación del derecho de la competencia puede variar y los resultados pueden ser diversos. Algunas autoridades encargadas de la competencia han emprendido acciones coercitivas contra lo que consideran una conducta anticompetitiva del sector no estructurado. Esas autoridades han emprendido acciones coercitivas contra empresas que han evadido impuestos y, por tanto, han competido de forma desleal con empresas del sector estructurado. No obstante, las acciones coercitivas de las autoridades encargadas de la competencia para combatir el sector no estructurado siguen representando un desafío.

42. Para abordar los problemas de la actividad no estructurada y la formulación del derecho de la competencia, los gobiernos necesitan adoptar sólidas medidas normativas como, por ejemplo, los programas de promoción dirigidos a comunicar las ventajas de operar en los mercados estructurados. Entre otras cosas, deben identificar las normas que limitan la competencia, fortalecer la recaudación de impuestos y la aplicación de las normativas, mejorando el acceso al crédito y las oportunidades de adquisición. Esto permitirá a las empresas del sector no estructurado acceder gradualmente al sector estructurado donde la aplicación de las normas de la competencia puede realizarse más eficazmente.

K. Agrupaciones regionales y normas comunes en materia de competencia

43. La integración económica regional de los países en desarrollo se caracteriza por asociaciones complejas y solapadas y subconjuntos dentro de determinadas agrupaciones.

44. La tendencia emergente es que más y más agrupaciones regionales están buscando formas y medios de desarrollar normas regionales sobre la competencia y animar a sus miembros a promulgar leyes nacionales.

45. Las decisiones aprobadas por los Estados miembros de una agrupación regional pueden tener efectos transfronterizos. Cuando la aplicación se centralice, se podrán reducir o eliminar los factores externos. Por lo tanto, existen economías de escala y ahorros de costos de transacción debido a la aplicación uniforme de normas comunes en materia de competencia por las autoridades supranacionales como un servicio integral para tratar los casos anticompetitivos.

46. Hay cierta inquietud acerca de la capacidad para poner en práctica las normas de la comunidad en materia de competencia. A pesar de la voluntad política a escala regional, la debilidad institucional, el pequeño tamaño y la escasez de recursos humanos en algunos Estados miembros afectan a su capacidad de aplicación. Por ejemplo, en el caso de la Comisión de la Competencia de la Comunidad del Caribe (CARICOM), creada el 19 de enero de 2008, nueve de sus Estados miembros tienen aún pendiente la aprobación de legislación en materia de competencia (Belice, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, y San Vicente y las Granadinas). Dado que se trata de islas muy pequeñas con limitados recursos humanos y financieros, han decidido que el tamaño óptimo para un organismo de la competencia es una institución subregional que represente a la Organización de Estados del Caribe Oriental en la CARICOM.

II. Evaluación de los efectos de la aplicación del derecho y la política de la competencia sobre el desarrollo

A. Efectos de la política de la competencia y su aplicación

47. Los países en desarrollo se ven acosados por una serie de barreras a la competencia. Se necesitan urgentemente un derecho y una política de la competencia eficaces en estos países. Sin embargo, debido a las diversas características de los mercados y las dificultades jurídicas y de aplicación, es mucho más difícil introducir un derecho y una política de la competencia en los países en desarrollo que en los países desarrollados. Algunos de estos factores incluyen amplios sectores no estructurados, problemas relacionados con el pequeño tamaño y los grandes obstáculos a la entrada, dificultades para inculcar una cultura de la competencia y limitaciones de la capacidad y la economía política. Es importante que cada país adapte su aplicación de las iniciativas de evaluación para promover la competencia mientras opera dentro de estas limitaciones.

48. Estas características sugieren que los mercados no competitivos son un problema aún mayor en los países en desarrollo. La necesidad de aplicar de forma efectiva el derecho de la competencia es enorme, pero existen graves limitaciones para la aplicación eficaz de las políticas.

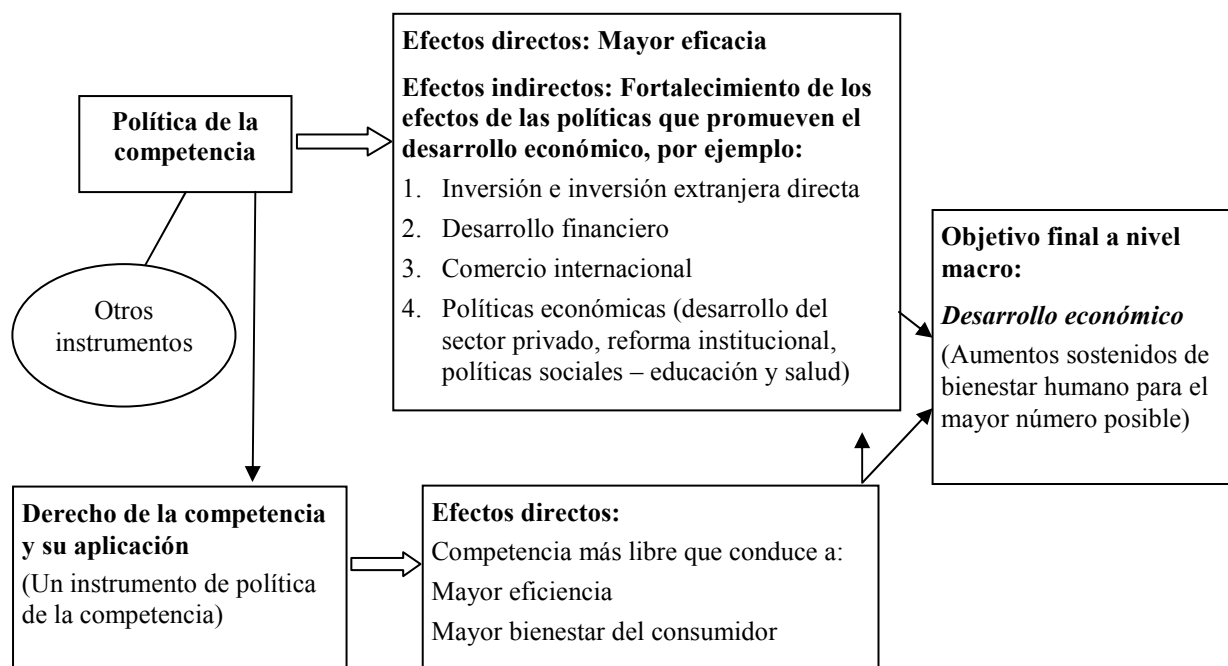
49. La evaluación de los efectos de las actividades del organismo de la competencia puede ayudar a abordar los problemas más graves de la economía política y dotar así de legitimidad al sistema normativo. Por otra parte, las limitaciones de capacidad de los países en desarrollo dificultan la adecuada realización de estas evaluaciones. No obstante, cuando la evaluación se realiza adecuadamente en estos contextos, puede ayudar a proporcionar una idea de las limitaciones a la competencia específicas de cada país en estas jurisdicciones, derivadas de las características arriba enumeradas, así como sugerir posibles soluciones.

50. El examen de los diversos criterios anteriormente mencionados puede ser un factor importante al desarrollar los objetivos nacionales. Las prioridades de los países en desarrollo pueden ser bastante diferentes de las de los países desarrollados. Sin embargo, existe el riesgo de pedir demasiado, cuando otros instrumentos normativos pueden ser las herramientas más adecuadas para lograr determinados fines. Esto refuerza el caso para la evaluación. Es necesario entender los efectos de un programa de aplicación del derecho de la competencia de un país a fin de determinar el potencial y las limitaciones de la política de la competencia.

51. Es difícil evaluar el efecto de la acción coercitiva reguladora sobre el fenómeno social de un modo tan amplio como "cumplimiento" o "incumplimiento" de las leyes sobre la competencia. La investigación empírica demuestra claramente que, más allá de la aplicación, hay una serie de factores que probablemente afectarán a los niveles de desarrollo. Por lo tanto, es complicado desentrañar el efecto de la acción coercitiva sobre el desarrollo de otros factores que afectan al desarrollo económico. Incluso es más difícil el hecho de que el propio "desarrollo" sea un concepto complejo¹.

Gráfico 1

Relaciones entre derecho de la competencia, política de la competencia y desarrollo económico



¹ El desarrollo económico es un proceso que implica un progresivo y creciente bienestar humano, lo que a su vez requiere, entre otras cosas, el incremento de la cantidad consumida, la calidad y la variedad de los bienes de consumo a lo largo del tiempo.

52. Hay un argumento que sostiene que "la política de la competencia realiza una contribución directa por derecho propio, así como una contribución indirecta a través de la mejora de otras políticas". El gráfico 1 muestra que el derecho y la política de la competencia pueden tener efectos directos sobre el desarrollo económico. Uno de los criterios que permiten juzgar el éxito de una acción coercitiva es la medida en que ayuda a lograr una comprensión compartida, entre el regulador y la entidad "regulada", de lo que significa el cumplimiento y cómo se debe poner en práctica. En otras palabras, el efecto de la acción coercitiva no se puede juzgar simplemente por el hecho de que el regulador gane un juicio en los tribunales. Se argumenta que la acción coercitiva debe juzgarse en la medida en que ayuda a armonizar las normas y prácticas comerciales con las expectativas reglamentarias. De hecho, se considera que la acción coercitiva tiene un gran éxito en términos de su efecto de "cumplimiento", si logra no sólo la armonización entre la empresa y la comprensión de las normas en cuanto a lo que exige una determinada norma reglamentaria en una situación dada, sino también una comprensión compartida, si no un compromiso con los objetivos y fines que subyacen bajo las normas reglamentarias pertinentes. Es más probable que una comprensión compartida de los objetivos y fines de un régimen regulador conduzca a la misma interpretación de las normas en circunstancias diferentes, y que un compromiso compartido con esos objetivos cree una oportunidad para el cumplimiento habitual.

53. El primer conjunto de criterios que cabe elegir para centrar la atención es el del "insumo". Se trata del conjunto de procesos y sistemas de gestión por los que un país aplica su régimen de regulación de la competencia. A este respecto, se puede elegir entre centrarse en la selección de casos, el movimiento de personal, etc. o cualesquiera otras medidas *sui generis* de la eficacia del organismo que la autoridad considere importante.

54. Tratar de sopesar los diversos criterios de insumos basándose en su importancia relativa requiere entender de qué manera esos criterios están relacionados con los efectos sobre los resultados económicos. Existen unas pocas publicaciones que tratan de idear medios para medir las capacidades institucionales de las autoridades reguladoras de la competencia.

55. Otro criterio importante para evaluar la eficacia de una autoridad encargada de la política de la competencia es comparar los resultados alcanzados con los objetivos fijados en su régimen de políticas de la competencia. Dichos objetivos normalmente se exponen en el preámbulo de la legislación que promulga el régimen de competencia de un país. En consecuencia, la vara de medir para evaluar la eficacia del organismo de la competencia consistiría en examinar constantemente si las actividades ejecutivas de la autoridad cumplen los objetivos fijados en la legislación. Esta idea también se ha tomado en consideración en el caso de Túnez, que declara que la eficacia se puede medir determinando en qué medida ha cumplido la autoridad su misión. Hay que considerar el efecto que tiene realmente la existencia de la autoridad sobre la situación de la competencia en el país. Si la misión consiste en mejorar la competitividad y el mercado sigue dominado por unas pocas empresas, sería de hecho legítimo cuestionar la eficacia de la autoridad.

56. En consecuencia, un organismo podría preferir centrarse en criterios de "producto", que intentan en cierto modo incluir la cuantificación del éxito de las intervenciones, por ejemplo, un esfuerzo para cuantificar los ahorros de costo obtenidos gracias a investigaciones realizadas con éxito y a la disuasión de las infracciones al derecho de la competencia.

57. Los tipos de estudio que una autoridad podría realizar a este respecto pueden variar desde cálculos aproximados y rápidos hasta un análisis econométrico detallado. La extensión adecuada de la cuantificación varía según la importancia del caso y la capacidad de la autoridad, pero no es óbice para que sea conveniente cierto grado de cuantificación, aunque sólo sea porque permite que la autoridad se haga una idea de los órdenes de

magnitud de que se trata. Incluso un breve cálculo puede ayudar a la autoridad a determinar sus futuras prioridades en materia de imposición de la observancia y de planificación estratégica.

58. Por ejemplo, la CE, en su "Estudio de los remedios de las fusiones", ha informado de que la eficacia general puede reconocerse observando los remedios impuestos, ya que pueden reflejar el grado de eficiencia en el logro de los resultados esperados. En este caso, la eficacia puede cuantificarse en términos del porcentaje de remedios que han alcanzado los objetivos que se pretendía. El estudio puso de manifiesto que el 57% de los remedios analizados eran plenamente activos, es decir, habían cumplido el objetivo perseguido, el 24% sólo eran parcialmente activos y el 7% eran ineficaces, ya que no se había alcanzado el objetivo correspondiente.

59. Con este tipo de enfoque se intentará estimar el beneficio obtenido del régimen de competencia sumando los resultados positivos de los diferentes casos. No obstante, quedan excluidas las posibilidades de disuasión derivadas de la existencia de un derecho de la competencia, que pueden ser muy notables. Por otra parte, también excluye el número de medidas favorables a la competencia que no se adoptaron por miedo a una acusación improcedente mediante el derecho de la competencia. De ahí que donde la aplicación del derecho es desigual y la transparencia en la adopción de decisiones con respecto a la competencia no está clara, pueda ser muy difícil cuantificar las consecuencias de la competencia mediante este enfoque "de abajo a arriba".

60. Cuando se intenta estimar los beneficios obtenidos de imponer la observancia del derecho de la competencia a nivel del país surgen dificultades similares. También en este caso, es difícil aislar las consecuencias del derecho de la competencia y su obligado cumplimiento. Es por supuesto muy difícil hacerlo a nivel de la autoridad nacional reguladora de la competencia, ya que muchos factores pueden influir en el aumento del precio o nivel de la productividad de fabricación, además de, simplemente, la eficacia del régimen de la competencia. No obstante, pueden obtenerse conocimientos interesantes del estudio de los equilibrios parciales, de los que pueden deducirse pruebas indicativas de intervenciones específicas en apoyo de sus consecuencias positivas sobre el crecimiento económico, cuando no cuantificarlas exactamente.

61. Podría ser difícil evaluar la eficacia de algunas autoridades reguladoras de la competencia porque hayan sido establecidas recientemente y sólo un número limitado de casos haya alcanzado la fase ejecutiva. Así ocurre, por ejemplo, en Túnez, donde se destacó la importancia de la evaluación objetiva de la labor realizada por la autoridad. Esta evaluación objetiva debería relacionarse con algunos criterios específicos, por ejemplo, el tiempo necesario para la tramitación de los casos y el número de empresas a las que se ha hecho cumplir la ley gracias a una intervención de la autoridad reguladora de la competencia.

62. Si una autoridad de la competencia ha podido efectuar recomendaciones o presentar propuestas al Gobierno en relación con cuestiones de política de competencia que han tenido un efecto positivo en la economía, esto también es una indicación de la eficacia. Por ejemplo, la autoridad de la competencia de Túnez ha desempeñado un papel activo y ha allanado el camino para diversas reformas relacionadas con la legislación en materia de competencia.

63. Otro posible criterio para determinar si la autoridad es eficaz, o si por lo menos se considera que lo es, es examinar la actitud de los interesados importantes. Debe señalarse a este respecto que determinar los "interesados" pertinentes (o, por lo menos, determinar qué importancia se asigna a sus intereses pertinentes) viene en cierta medida condicionado por los objetivos fijados en la legislación: si la legislación de la competencia da preferencia a los intereses del consumidor, ese grupo podrá constituir el principal interesado. Si

promover o proteger a la pequeña empresa es la finalidad de la legislación, ese grupo tendrá prioridad, y así sucesivamente.

B. Examen de estudios empíricos seleccionados

1. Monopolización y abuso de la posición dominante

64. En un documento de trabajo de la UNCTAD de 2002 se citan varios estudios sobre la competencia en los países en desarrollo y desarrollados. Dos de ellos, uno basado en la persistencia de los beneficios y el otro en la cifra de negocios de las empresas (entradas y salidas), indican que el nivel de la competencia en los países en desarrollo y las economías en transición es prácticamente el mismo que en las economías desarrolladas. Un estudio sobre fabricantes en los países en desarrollo "no respaldó la afirmación de que los fabricantes de países menos adelantados se encuentran estancados y son poco eficientes en términos relativos", lo que nuevamente contradice la idea de que la competencia es menos intensa en los países en desarrollo.

65. En el *Global Competitiveness Report* de 2007 (Informe de Competitividad Mundial 2007) se señaló que la prosperidad de un país aumenta con su productividad. En el informe se ponían en correlación ciertos indicadores con el producto interno bruto (PIB) por habitante. En resumen, en el caso de los países de bajos ingresos influían en el PIB por habitante la telefonía móvil, el suministro eléctrico de alta calidad, el acceso a Internet, las barreras comerciales, las infraestructuras de otro tipo y la competencia local. En el PIB por habitante de los países de ingresos medios influían esos mismos factores, junto con las patentes, la ausencia en el mercado de grupos de empresas en posición dominante y la eficacia de las políticas antitrust.

66. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha afirmado: "Las economías en desarrollo y en transición pueden experimentar deficiencias estructurales que las hagan particularmente vulnerables a las conductas anticompetitivas del sector privado. Los siguientes factores, cuando se dan, pueden influir negativamente en la presión competitiva:

- a) Mayor proporción de mercados locales aislados de las medidas de liberalización del comercio;
- b) Acceso limitado a insumos esenciales;
- c) Canales de distribución más limitados;
- d) Mayor dependencia de las importaciones (insumos industriales básicos) y/o exportaciones (para el crecimiento);
- e) Mayor incidencia de las barreras administrativas/institucionales a las importaciones;
- f) Mercados de capitales débiles".

67. La transición de un monopolio estatal a una situación de competencia puede generar más posibilidades de abuso de la posición dominante. También según la OCDE: "Una antigua empresa monopolística que se enfrenta a nuevos competidores puede haber 'heredado' ventajas de su anterior situación, como una sólida situación financiera, el control de ciertas instalaciones de red, contactos y apoyo político, o relaciones sólidas con proveedores y clientes. Esta empresa en posición dominante, u 'operador interesado', puede encontrar la forma de complicarles las cosas a los nuevos competidores y, en última instancia, excluirlos efectivamente. En muchos países que tienen mercados liberalizados, la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia se ve desbordada por un

sinnúmero de denuncias de abuso de posición dominante provocadas por el desequilibrio entre una empresa que fue monopolística y sus nuevos competidores". Según la Ley de competencia de la India, (cuyo artículo 19 4) g) indica que el legislador es consciente de esta cuestión) un factor que debe tenerse en cuenta para determinar si una empresa goza de una posición dominante es la existencia de "un monopolio o posición dominante, en virtud de la ley o de su condición de empresa del Estado o de empresa del sector público o de otro motivo".

68. Dutz sostiene que las autoridades encargadas de la competencia en los países en desarrollo y en transición deberían centrar su lucha contra el abuso de posición dominante en los abusos que impiden a las empresas acceder a servicios que les son esenciales. La idea es reducir los obstáculos a que se enfrentan los nuevos empresarios y las PYMES. Como ejemplo de insumos locales esenciales cabe señalar "los bienes inmobiliarios, los servicios de banca, el transporte, los almacenes de distribución, las comunicaciones y los servicios profesionales para empresas".

69. Fox afirma que "las prácticas anticompetitivas abundan en los sectores de los productos esenciales para uso personal y de las empresas, como la leche, los refrescos, la cerveza, el pollo, el azúcar, el algodón, el papel, el aluminio, el acero, los productos químicos (para fertilizantes), las telecomunicaciones, incluidos los servicios de telefonía móvil, el cemento y otros materiales de construcción, el transporte, incluido el transporte por camión, el transporte marítimo y el acceso a los puertos, los gases industriales, los servicios bancarios, los servicios de seguros, el carbón y la electricidad. Muchas de las prácticas son locales, muchas están facilitadas por el Gobierno, y muchas otras son transnacionales, lo cual tiene efectos restrictivos en el mercado interno". Fox afirma que intervenir contra las conductas de empresas estatales o privilegiadas por el Estado que bloquean la entrada de nuevos competidores y provocan discriminaciones podría ser más beneficioso y menos costoso que intervenir contra el abuso de la posición dominante en los países desarrollados.

2. **Cárteles intrínsecamente nocivos**

70. Una característica sorprendente de estos casos es que muchos están concentrados en unos pocos sectores económicos. Por ejemplo, parece que los cárteles del cemento existen casi en todas partes. Es raro el país que teniendo un programa de lucha contra los cárteles no haya procesado a uno o varios cárteles del cemento. De forma más general, los materiales de construcción y los servicios de construcción parecen ser un terreno fértil para los operadores de cárteles.

71. Las razones que explican la elevada incidencia de la actividad de los cárteles en estos sectores son relativamente obvias. Los materiales de construcción, especialmente el cemento, son productos homogéneos. Los productores se diferencian casi exclusivamente por el precio. Esta homogeneidad hace más fácil para los vendedores aceptar las condiciones de un acuerdo de cártel. Lo más importante es que estos productos y servicios se venden con frecuencia por medio de licitaciones u ofertas a gobiernos u organismos públicos. Estos compradores son especialmente vulnerables a la actividad de manipulación de las licitaciones, como se expone con más detalle a continuación.

72. Se ha producido un número relativamente importante de casos e investigaciones de cárteles en el sector petrolífero, en particular en el de la gasolina. Pueden existir muchas razones para la elevada incidencia de los casos relacionados con la gasolina. La gasolina es un importante producto de consumo; para muchos, una necesidad. Además, los precios de la gasolina han subido en general durante los últimos años, y aunque sin duda esto se debe principalmente al aumento de la demanda, existen sospechas de que los cárteles son como mínimos responsables en parte. Tal vez sea más importante el hecho de que los actuales precios de la gasolina al por menor se conocen con facilidad. Esto puede facilitar un

acuerdo entre los vendedores de gasolina. También pueden alertar a los consumidores y a los funcionarios de los órganos de defensa de la competencia sobre la posible existencia de un cártel.

73. Sin embargo, aquí procede realizar una advertencia. Es incontrovertible que el mero movimiento simultáneo de precios, especialmente de un producto homogéneo como la gasolina, no es en sí mismo prueba suficiente de la existencia de un acuerdo ilícito. Tal actividad de precios puede ser igualmente coherente con una competencia activa. En casi todos los países deben existir más pruebas que una simple fijación de precios en paralelo para apoyar un procesamiento de los cárteles. De hecho, en algunos países, las investigaciones sobre una posible fijación de precios de la gasolina han fracasado porque carecían de pruebas adicionales.

74. Los productos alimenticios también parecen estar desproporcionadamente representados en los casos descritos en el presente informe. De nuevo, ello puede deberse a una combinación de factores. Al igual que la gasolina, los alimentos constituyen un importante producto de consumo. Se trata de un producto homogéneo, especialmente a nivel de productor/procesador. La información de precios puede ser más fácil de obtener por los vendedores y compradores de este sector. Otros sectores que aparecen frecuentemente en casos de cárteles incluyen los servicios de transporte y los servicios profesionales.

75. Pero la característica común que aparece con mayor frecuencia en los casos mencionados es la manipulación de las licitaciones en las ventas efectuadas a organismos gubernamentales. Es posible que los agentes de adquisiciones gubernamentales no reconozcan la actividad de licitación sospechosa, y los procedimientos que emplean pueden carecer de salvaguardias contra la manipulación de las licitaciones. En algunos casos existe incluso el riesgo de que los procedimientos de adquisición estén sometidos a prácticas de corrupción. La transparencia de la contratación pública también puede facilitar la formación y la supervisión de acuerdos de cártel.

III. Enseñanzas para el futuro: cómo mejorar la formulación y la aplicación de la política de la competencia en los países en desarrollo y otros países

76. Las formas de mejorar la formulación y la aplicación de la política de la competencia incluyen:

a) **El desarrollo de un derecho y de una política de la competencia y su marco de aplicación a la medida.** Los países en desarrollo se ven acosados por una serie de barreras a la competencia. Se necesitan urgentemente un derecho y una política de la competencia eficaces en estos países. Sin embargo, debido a las diversas características de los mercados y las dificultades jurídicas y de aplicación, es mucho más difícil introducir un derecho y una política de la competencia en los países en desarrollo que en los países desarrollados. Algunos de estos factores incluyen amplios sectores no estructurados, problemas relacionados con el pequeño tamaño y los grandes obstáculos a la entrada, dificultades para inculcar una cultura de la competencia y limitaciones de la capacidad y la economía política. Por lo tanto es importante que cada país adapte su derecho de la competencia y su aplicación a estas limitaciones.

b) **Trabajar para desarrollar una cultura de la competencia.** Los temas anteriormente desarrollados sugieren varias maneras de fortalecer la aplicación de las leyes sobre la competencia. La primera de ellas es el desarrollo de una "cultura de la competencia", es decir, una comprensión por parte del público de los beneficios de la

competencia y un amplio apoyo para lograr una sólida política de la competencia. El proceso es continuo; requiere la comunicación con todos los sectores de la sociedad —consumidores, empresarios, sindicatos, educadores, la comunidad jurídica, el Gobierno y los funcionarios encargados de la reglamentación, y los jueces— acerca de los beneficios de los mercados competitivos para ellos y para la economía de su país.

c) **Fomento de la presentación de denuncias.** Los consumidores y empresarios educados estarán más alerta ante posibles actividades anticompetitivas y más dispuestos a denunciarlas. Como ya se ha señalado, las denuncias ante el organismo de la competencia han sido —y en los países en desarrollo es probable que sigan siendo— la fuente más común de información acerca de unos cárteles desconocidos con anterioridad. El organismo debe garantizar al máximo la protección de la identidad de los denunciantes como información confidencial.

d) **Comenzar a establecer programas de indulgencia.** La palabra "comenzar" es importante. No se puede pretender que la mera creación de un programa de indulgencia produzca resultados inmediatos para el organismo. El organismo de la competencia debe establecer en primer lugar su credibilidad: que descubrirá y procesará con éxito a los cárteles, y que castigará severamente a los procesados. Una vez que esta credibilidad haya quedado establecida, el programa de indulgencia adecuadamente estructurado tendrá éxito.

e) **Centrar los esfuerzos de investigación iniciales en sectores en los que es más probable el comportamiento de cártel.** Actualmente existen numerosas pruebas de que, si bien los cárteles se pueden dar en cualquier sector económico, es más probable que surjan en unos sectores determinados, especialmente en el caso de los países en desarrollo. El nuevo organismo de la competencia debe centrar sus esfuerzos en esos sectores. Un ámbito en el que los estudios sectoriales pueden ser fructíferos es, no obstante, la contratación pública. Un estudio sobre el comportamiento en concursos públicos en situaciones en las que se sospecha de la manipulación de la licitación puede identificar determinadas pautas que sugieren la asignación de clientes o la rotación de ofertas. Tales estudios deben realizarse con la asistencia de un oficial de adquisiciones entendido que pueda interpretar correctamente los datos.

f) **Comenzar a imponer fuertes sanciones contra el comportamiento de cártel.** Un elemento indispensable para que un programa de lucha contra los cárteles tenga éxito es una política de sanciones agresiva. Estas pueden adoptar varias formas, incluidas las multas administrativas contra las empresas y las personas físicas; sanciones penales, incluidas multas y privación de libertad; y la concesión de indemnizaciones compensatorias a las víctimas de un cártel. Las multas administrativas contra las empresas es lo más habitual. Las sanciones pecuniarias deben ser lo bastante severas como para eliminar las ganancias del cártel. En consecuencia, existe una mayor conciencia con respecto a la necesidad de evaluar también las sanciones impuestas contra personas físicas culpables en los casos de cárteles. Si tienen que afrontar sanciones personales, ya sea una privación de libertad (en una minoría de países) o cuantiosas multas, tendrán más motivos para no participar en la actividad de los cárteles.

g) **Educar al público acerca del daño que causan los cárteles.** Es probable que los países que aplican por primera vez el derecho de la competencia no puedan comenzar a imponer inmediatamente fuertes sanciones en los primeros casos. Algunos operadores comerciales ni siquiera serán conscientes de que su conducta es ilícita, o la formación del cártel puede preceder a la promulgación de la primera ley de la competencia. Es posible que los tribunales se muestren reacios a aprobar sanciones elevadas cuando no están familiarizados con la política de la competencia o los casos de competencia. Conseguir apoyo para unas fuertes sanciones en los casos de cárteles requiere un programa de educación con respecto al daño que causan los cárteles.

h) **Desarrollar la cooperación internacional en el esfuerzo de aplicación del derecho de la competencia.** La comunidad internacional de la competencia está trabajando en los medios necesarios para lograr una mayor cooperación en la lucha contra estos acuerdos secretos multinacionales. Pero el esfuerzo va más allá. Las organizaciones internacionales, incluidas la UNCTAD y la OCDE, llevan mucho tiempo estudiando y denunciando los cárteles intrínsecamente nocivos. Además, durante los últimos siete años, representantes de los organismos de la competencia se han reunido cada año para debatir las técnicas de aplicación de la ley en la lucha contra los cárteles. La Red Internacional para la Competencia se ha embarcado en un programa para abordar los desafíos a la aplicación de las normas anticárteles que plantean los cárteles internacionales y nacionales. Los países en desarrollo verán limitada su capacidad para participar en estos foros internacionales, aunque solo sea por la limitación de recursos. Pero casi todo el trabajo generado en estos foros está a disposición del público, normalmente a través de Internet. Estos recursos son una abundante fuente de información para los organismos de la competencia menos experimentados.

i) **Trabajar para desarrollar una relación con los tribunales que atenderán los recursos de apelación de los casos de cárteles.** Es inevitable que, a medida que un organismo de la competencia se vuelve más activo en el procesamiento de cárteles y otras infracciones del derecho de la competencia, algunos de sus casos se recurran. La experiencia en diferentes países indica que es casi ineludible que un organismo sufra reveses en algunos de estos recursos. Los casos de competencia son únicos en muchos sentidos, y los jueces no tendrán experiencia a ese respecto. Inicialmente tenderán a evitar decidir sobre los casos basándose en el fondo de éstos; en lugar de ello, se concentrarán en las cuestiones procesales, con las que están más familiarizados, y anularán algunos casos sobre esa base. En particular, en los casos de cárteles, es posible que se muestren reacios a imponer las cuantiosas multas aconsejadas por el organismo de la competencia.

j) **Realizar exámenes voluntarios entre homólogos.** El examen voluntario entre homólogos de la política de competencia de la UNCTAD se dedica a mejorar la calidad y la eficacia del marco de aplicación de la política de la competencia en los países en desarrollo y las economías en transición. El examen incluye un análisis de la política de la competencia tal como está recogida en el derecho de la competencia y refleja la eficacia de las instituciones y las disposiciones institucionales para aplicar las leyes sobre la competencia. Mediante un acuerdo para mostrar su trabajo a los demás, un país o una institución que se ofrece para un examen voluntario entre homólogos de la política de competencia participa en una autoevaluación que sirve para señalar los puntos fuertes y débiles en un entorno que permite la participación externa sin enfrentamiento. La naturaleza inclusiva de las consultas estimula la confianza de los demás interesados en la institución examinada e indica una orientación hacia el exterior en lugar de hacia el interior.
