



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/59
26 de abril de 2007

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y
las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Octavo período de sesiones
Ginebra, 17 a 19 de julio de 2007
Tema 3 i) del programa provisional

**CRITERIOS PARA EVALUAR LA EFICACIA DE LAS AUTORIDADES
REGULADORAS DE LA COMPETENCIA**

Informe revisado de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

En el presente informe se examinan algunas de las iniciativas adoptadas recientemente por las autoridades en lo que se refiere a los criterios para evaluar la observancia del derecho de la competencia y la defensa de la competencia. Se basa en las respuestas a un cuestionario enviadas a la UNCTAD por los Estados miembros. El informe concuerda con estudios anteriores sobre este tema en el que se da a entender que la eficacia debe considerarse en términos de buenos resultados y los procesos que permitan alcanzarlos. Por ejemplo, la evaluación *a posteriori* de las actividades en materia de política de la competencia es importante para mejorar la eficacia de la intervención, desarrollar una cultura de la competencia y dar ímpetu a la actualización y modificación de leyes, directrices y procedimientos. Las actividades de evaluación pueden ser puramente internas, efectuarse dentro del gobierno pero fuera de la autoridad o el ministerio competente, o ser efectuadas por expertos académicos, consultores, organizaciones internacionales u otros expertos del exterior. Estos estudios podrían centrarse en examinar diversas medidas de la eficacia de los procesos del organismo interno o los resultados de las intervenciones del organismo. El estudio de los cambios de las percepciones de los interesados también puede constituir un indicador de los progresos que registra la autoridad en lo que se refiere a la introducción de una cultura de la competencia. La evaluación de los resultados puede analizarse en estudios que examinen las repercusiones de estudios e investigaciones sectoriales, exámenes de iniciativas de defensa y de la selección de casos, exámenes del cumplimiento de las fusiones (incluido un examen de la eficacia de los remedios) y estudios sobre las repercusiones de intervenciones en casos concretos. La categoría más extensa de evaluaciones *a posteriori* corresponde a la esfera del cumplimiento de la fusión de empresas. También es importante considerar las prioridades especiales de los países en desarrollo cuando se evalúan las consecuencias.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Resumen		2
I. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA GENERAL	1 - 4	5
II. MEDIDA DE LA EFICACIA	5	5
III. EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES SOBRE LA OBSERVANCIA DE LAS ACTIVIDADES DE IMPOSICIÓN DEL CUMPLIMIENTO	6 - 7	6
IV. NECESIDAD DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA.....	8 - 18	7
1. Mayor eficacia de la intervención.....	15	8
2. Desarrollo de una cultura de la competencia.....	16	8
3. Actualización y modificación de leyes, directrices y procedimientos.....	17 - 18	9
V. CLASES DE INICIATIVAS: ¿QUIÉN HA REALIZADO LOS EXÁMENES DE LA ACTUACIÓN PROFESIONAL DEL ORGANISMO?	19 - 29	9
4. Examen de los procedimientos de intervención por expertos externos del mundo académico, incluidos los exámenes entre iguales de funcionarios de la UNCTAD y la OCDE.....	21 - 23	9
5. Examen del sistema legislativo de regulación de la competencia por órganos ajenos al gobierno.....	24 - 27	10
6. Examen interno	28 - 29	11
VI. CRITERIOS PARA EVALUAR LA EFICACIA DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA.....	30 - 55	12
7. Atención de las necesidades del interesado	48 - 49	16
8. Medida de los cambios en los insumos.....	50 - 54	16
9. Medida de los cambios en los productos	55	17

ÍNDICE (*continuación*)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
VII. EVALUACIÓN <i>A POSTERIORI</i>	56 - 84	17
10. Repercusión de los estudios sectoriales y las investigaciones por sector.....	57	18
11. Examen de las iniciativas de defensa y mejora de la selección de casos	58 - 59	18
12. Examen de la imposición de la observancia de las disposiciones sobre fusiones	60 - 79	18
13. Examen de intervenciones en casos particulares.....	80 - 84	23
VIII. PRIORIDADES DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO PARA EVALUAR LAS CONSECUENCIAS.....	85 - 88	24
IX. CONCLUSIONES.....	89	25

I. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA GENERAL

1. Como se recomendó en el séptimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, celebrado del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2006, en Ginebra, el octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos celebrará un debate de mesa redonda sobre "criterios para evaluar la eficacia de las autoridades reguladoras de la competencia" con miras a mejorar la aplicación del Conjunto de beneficios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas¹. La siguiente nota de antecedentes contiene información encaminada a ayudar a los Estados miembros a estructurar sus debates acerca de este tema.

2. Existen pruebas de que la política de la competencia mejora la productividad y es un instrumento fundamental para aumentar el crecimiento económico. La supresión de las barreras de entrada puede promover la eficiencia y el desarrollo de nuevas empresas. La política de la competencia puede alentar la asignación eficiente de recursos en una economía, disminuyendo los precios de productos e insumos importantes y mejorando la calidad y, en consecuencia, las posibilidades de elección.

3. La política de la competencia también podría ser un componente de la estrategia general de desarrollo de un país, por ejemplo, en lo que se refiere a alcanzar los objetivos de desarrollo del Milenio².

4. Las principales fuentes de información de la presente nota corresponden a estudios de la UNCTAD, respuestas a un cuestionario recibidas de los miembros, el informe de la OCDE, titulado "Evaluación de las medidas y recursos de las autoridades encargadas de la competencia"³ y las comunicaciones de los países enviadas a la mesa redonda que la OCDE celebró sobre este tema. La nota también recoge información de los sitios web de autoridades reguladoras de la competencia así como de publicaciones académicas sobre la cuantificación efectuada por dichas autoridades y las medidas adoptadas por ellas.

II. MEDIDA DE LA EFICACIA

5. Este tema debería examinarse mediante las dos preguntas siguientes: "¿Producen buenos resultados las intervenciones del organismo regulador?" y "los procesos de gestión del organismo ¿contribuyen a asegurar que las iniciativas seleccionadas por él producirán buenos resultados?"⁴.

¹ TD/B/COM.2/CLP/L.10.

² Esta cuestión fue debatida en conferencias celebradas en Bucarest, Bakú y Brno, según puede consultarse en <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/MDGs.pdf>. También se formularon observaciones sobre este tema en debates celebrados en Ciudad del Cabo y en São Paulo, resumidos en el anexo del documento UNCTAD (2006) que figura en http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20064_en.pdf.

³ OCDE (2005).

⁴ OCDE (2005, pág. 19).

Este criterio distingue entre centrarse en los insumos introducidos en la gestión del régimen de cumplimiento del derecho de la competencia y centrarse en los efectos de ese régimen. Por consiguiente, determinar la eficacia del organismo y desentrañar exactamente dónde se encuentran los defectos (y cómo podrían remediarse) requiere un examen constante a la vez de los insumos del proceso y los resultados de la política, observando no sólo la labor efectiva llevada a cabo por las autoridades reguladoras de la competencia sino también los resultados alcanzados.

III. EVALUACIÓN DE LAS REPERCUSIONES SOBRE LA OBSERVANCIA DE LAS ACTIVIDADES DE IMPOSICIÓN DEL CUMPLIMIENTO

6. Es difícil evaluar las consecuencias que tienen las medidas impuestas para el cumplimiento normativo sobre los fenómenos sociales de tan amplio alcance como la observancia o no observancia de las leyes de la competencia. Estudios empíricos muestran claramente que muchos factores además de la imposición del cumplimiento pueden probablemente influir en los niveles de observancia. Por consiguiente, es difícil separar las repercusiones de las medidas impuestas para lograr la observancia de otros factores que influyen en ella. Aún más difícil es el hecho de que la propia "observancia" sea un concepto complejo. Qué significa observancia para la ley, está abierto a interpretación, negociación y, frecuentemente, debate, entre las empresas y los reguladores, sus abogados y, cuando se llega al litigio, los tribunales⁵. La "observancia" tiene un significado discutible, ya que no existe un entendimiento aceptado por todos sobre cómo deben interpretarse y aplicarse los requisitos normativos.

7. Uno de los criterios que permiten juzgar el éxito de una acción coercitiva es en qué medida ésta contribuye a establecer un entendimiento compartido entre el regulador y el "regulado" acerca de lo que signifique la observancia y cómo deba ponerse en práctica (Parket y otros⁶, 2004). Dicho de otro modo, las consecuencias de la acción coercitiva sobre la observancia no pueden juzgarse simplemente por el hecho de que el regulador obtenga una sentencia favorable en los tribunales. Se afirma que la acción coercitiva tiene que juzgarse por el grado en que contribuye a que las normas y las prácticas empresariales concuerden con las expectativas de la norma. De hecho, la acción coercitiva tiene mayor éxito en lo que se refiere a sus consecuencias sobre la "observancia" si no sólo consigue que concuerden el entendimiento empresarial y el normativo de lo que una norma reguladora concreta requiere en una situación particular sino también un entendimiento compartido, cuando no el compromiso respecto de las metas y propósitos en que se sustentan las normas reguladoras pertinentes⁷. El entendimiento compartido de las metas y propósitos de un régimen regulador es más probable que conduzca a la misma interpretación de las normas en circunstancias diferentes, y un compromiso compartido respecto de esos mismos objetivos proporciona la oportunidad de que la observancia sea lo

⁵ Black (1997), McBarnet (1994), Reichman (1992).

⁶ Parker, Ainsworth y Stepanenko (2004).

⁷ *Op. cit.*, pág. 3.

habitual⁸. Existen varias maneras de conseguir la "observancia" mediante diferentes "estilos" y técnicas de cumplimiento y aplicación normativa⁹.

IV. NECESIDAD DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA

8. Cuando se examinan los criterios internacionales sobre la evaluación se plantean determinadas cuestiones fundamentales con respecto a las prácticas del organismo competente. En primer lugar, el organismo de que se trata ¿realiza una evaluación *a posteriori* de sus decisiones en relación con el control de las fusiones, los acuerdos contrarios a la libre competencia y el abuso de dominio? En segundo lugar, ¿qué criterios se emplean para evaluar las consecuencias de las decisiones en los asuntos de la competencia? Para entenderlo mejor, es importante considerar casos específicos del país en el que se realiza esa evaluación. Por último, es importante determinar si el país de que se trata ha extraído enseñanzas de sus experiencias nacionales obtenidas hasta entonces en lo que se refiere a la evaluación de las consecuencias de las decisiones en materia de competencia.

9. Aunque el control de las fusiones, las medidas respecto de las prácticas contra la libre competencia y el abuso de dominio se consideran las principales esferas de actividad del organismo, la evaluación *a posteriori* tiene que referirse no sólo a las decisiones sino también ampliarse a la evaluación de las iniciativas de defensa y a los exámenes de las prácticas de selección de casos. Por ejemplo, si la productividad es un objetivo reconocido de la política de la competencia, es importante determinar en qué grado cada instrumento de política -control de las fusiones, investigación de las conductas contrarias a la libre competencia, defensa e investigaciones de mercado- fomenta el logro de esa meta.

10. Los tipos de evaluación realizados pueden clasificarse en los que comparan el cumplimiento de las normas de un país con el de otros en un determinado momento o por el mismo país a lo largo del tiempo, los que examinan la calidad de las decisiones individuales o las decisiones en general, y, por último, los que examinan las consecuencias para el mercado derivadas de las intervenciones¹⁰.

11. Los puntos arriba indicados se refieren al "cómo" y el "qué" pero también es importante tener en cuenta el "¿por qué?". Las respuestas a la solicitud de la UNCTAD a este respecto determinaron que la función de la evaluación *a posteriori* proporciona conocimientos sobre los *efectos* de la actividad de imposición del cumplimiento llevada a cabo por el organismo, lo que a su vez repercute en los *procesos* en virtud de los cuales se realiza esa imposición, tanto en lo que se refiere a la selección de casos como al procedimiento real de imposición del cumplimiento.

⁸ Black (1997, págs. 30 a 32), Meidinger (1987), Braithwaite y Braithwaite (1995), y Parker (2002, págs. 22 a 29).

⁹ May y Wood (2003); véase también Grabosky y Braithwaite (1986).

¹⁰ OCDE (2005, pág. 173), comunicación de Suecia.

12. Las comunicaciones presentadas por los países han puesto de manifiesto que la evaluación realizada por iniciativa de la propia autoridad reguladora de la competencia es preferible a la evaluación formal externa.

13. Antes de pasar a examinar algunas de las ventajas fundamentales de la evaluación *a posteriori* de las medidas adoptadas por la autoridad reguladora de la competencia, vale la pena hacer una pausa para reconocer que esta actividad lleva consigo costos tanto en lo que se refiere a los recursos humanos como a los financieros. El personal asignado a la realización del examen de empresas pierde la posibilidad de trabajar en exámenes de casos o del sector en general. En los países cuya cultura de la competencia está desarrollada y tienen conocimientos prácticos de economía amplios y profundos, la autoridad tendría que poder subcontratar la evaluación a especialistas o consultores. En cambio, en los países en desarrollo puede haber un grave déficit de personal adecuadamente capacitado tanto en el sector público como en el privado.

14. Además, varias comunicaciones presentadas por los países previamente al séptimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos, así como a la mesa redonda de evaluación de la OCDE, destacan de manera importante que cuando se efectúa una intervención es necesario plantear la hipótesis correcta. Cuando se trata de casos relativos a una conducta contra la libre competencia, existen costos y beneficios derivados de la intervención y de la no intervención. Ocurre lo mismo con los casos en que se aprueban fusiones, se aprueban acompañadas de remedios y condiciones, o se bloquean. Está perfectamente reconocido que medir las intervenciones incorrectas resulta difícil analíticamente. No obstante, varios países han informado de que el examen de algunas decisiones sería más eficaz si se efectuara por su propia iniciativa.

1. Mayor eficacia de la intervención

15. La razón más evidente de la evaluación es encontrar los medios de mejorar la intervención. Dado que la mayor parte de las autoridades se enfrentan con dificultades en materia de recursos, es importante reflexionar sobre los procesos y prácticas y conseguir la máxima eficacia posible de los recursos de que dispone un determinado organismo. Además, esto es especialmente válido en el contexto de la política de la competencia, en el que no es posible trasladar simplemente un conjunto de leyes y procesos de "prácticas óptimas". En la política de la competencia, aunque mucho puede aprenderse mediante comparaciones y puntos de referencia, no existe una medida única y cada jurisdicción tiene que encontrar los métodos que mejor se adapten a sus necesidades.

2. Desarrollo de una cultura de la competencia

16. Como está documentado en UNCTAD (2006), la falta de una cultura de la competencia puede constituir un impedimento importante para la aplicación eficaz de un nuevo derecho de la competencia. Por consiguiente, es importante desarrollar una fuerte capacidad de comunicación con la autoridad naciente, de tal manera que pueda entenderse y apreciarse la naturaleza y el efecto de sus intervenciones. Esto puede proporcionar alguna justificación para realizar evaluaciones *a posteriori* de modo que los efectos puedan cuantificarse aproximadamente y difundirse.

3. Actualización y modificación de leyes, directrices y procedimientos

17. El proceso de evaluación también puede proporcionar un diagnóstico para importantes cambios procesales y administrativos necesarios para el funcionamiento óptimo de la autoridad y el derecho. Un ejemplo importante de los últimos años ha sido la aplicación efectiva de una política de indulgencia en relación con las empresas. Los exámenes externos efectuados por personas de igual nivel en gran variedad de jurisdicciones también han contribuido a generar el impulso político para efectuar los cambios requeridos.

18. En su comunicación, la CE señala que la Dirección General de la Competencia efectúa regularmente exámenes de normas jurídicas elaboradas por el poder legislativo, como el reglamento de exención por categorías, durante el período en que están abiertas a la presentación de enmiendas. Normalmente, esos exámenes emplean estudios de casos y encuestas para determinar sus efectos y eficacia con miras a posibles modificaciones¹¹. La labor de investigación general puede realizarse mediante audiencias, cuestionarios y consultas. Todo ello puede incorporarse al proceso normativo y servir de información para elaborar Libros Verdes o Blancos que en último término conduzcan a la fase de revisión.

V. CLASES DE INICIATIVAS: ¿QUIÉN HA REALIZADO LOS EXÁMENES DE LA ACTUACIÓN PROFESIONAL DEL ORGANISMO?

19. Agrupamos los tipos de iniciativas de evaluación en dos conjuntos. Por una parte, tenemos los exámenes externos de procedimiento, defensa, selección de casos y productos, y por otra parte, exámenes realizados por el organismo del proceso, la defensa, la priorización y los productos. Estas categorías no tienen por qué excluirse mutuamente de manera estricta. Los exámenes pueden realizarlos los organismos con diversos grados de colaboración por parte del sector privado, el mundo académico o las organizaciones internacionales.

20. El otro fin de la clasificación de la evaluación de los organismos es preguntar a qué público se destina el informe. Puede estar destinado exclusivamente a funcionarios del organismo, de manera más general al Gobierno, o a todo el público. Las circunstancias determinarán la opción más adecuada.

4. Examen de los procedimientos de intervención por expertos externos del mundo académico, incluidos los exámenes entre iguales de funcionarios de la UNCTAD y la OCDE

21. Los exámenes entre iguales realizados por funcionarios de la UNCTAD y la OCDE proporcionan un medio importante para que los países tengan un punto de referencia en sus procesos de gestión y reciban información acerca de la adecuación de sus criterios en materia de intervención y sobre los posibles impedimentos para la aplicación eficaz de sus regímenes de la competencia.

¹¹ Para más detalles, véase OCDE (2005, págs. 210 a 213). Obsérvese que el formato no tiene que ser el de un informe propiamente dicho recopilado mediante un examen.

22. El proceso de examen entre iguales también puede contribuir grandemente al desarrollo de un régimen de la competencia de un país. Dichos exámenes se han convertido en parte integrante de la labor de la UNCTAD, y también de la OCDE, sobre el derecho y la política de la competencia. En una conferencia reciente, un orador del Brasil señaló que la participación en varios procesos de examen entre iguales en calidad de donantes también se consideró que daba mucho que pensar y resultaba útil¹². En su comunicación a la mesa redonda¹³, Turquía señala que el valor del examen entre iguales reside en el hecho de que está preparado por "expertos que han consultado a terceros, como profesionales, profesores, miembros de asociaciones empresariales o funcionarios del gobierno que trabajan en diversos organismos gubernamentales, además de los funcionarios de la autoridad". En dicho país, se contribuía así a impulsar el desarrollo del programa de indulgencia, modificaciones del control de las fusiones, aumentos de las multas máximas por infracciones, cambios de procedimientos de las transacciones judiciales, y aumento de los conocimientos prácticos de carácter jurídico y económico de la autoridad turca reguladora de la competencia.

23. Otro foro que permite debates externos de los procesos y normas es la Red Internacional de la Competencia, la cual ayuda a desarrollar la cooperación informal y a compartir conocimientos entre organismos, y que además puede fomentar la cooperación y armonización no vinculantes y ayudar a que se proporcionen mutuamente conocimientos útiles en la labor de un régimen regulador de la competencia de un país.

5. Examen del sistema legislativo de regulación de la competencia por órganos ajenos al gobierno

24. En los Estados Unidos, la Oficina General de Cuentas finalizó en 2004 un estudio titulado "Mercados de la energía: efectos de las fusiones y la concentración del mercado en la industria de petróleo de los Estados Unidos". En este informe se examinaron las fusiones en el sector del petróleo de los Estados Unidos, entre otras cosas para determinar de qué manera los cambios estructurales registrados habían afectado a los precios de la gasolina al por mayor en dicho país. El informe se basaba en datos pormenorizados y análisis econométricos. Mediante un análisis de los efectos de las fusiones en la industria, el informe examina indirectamente la eficacia del régimen antimonopolio del país.

25. En noviembre de 2005, la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido publicó un informe en el que se examinaba la eficacia de la Oficina de Comercio Leal¹⁴. En el informe se formulan varias recomendaciones con respecto al uso de los recursos, la gestión de los asuntos y la medida y comunicación de los logros de la Oficina de Comercio Leal.

¹² UNCTAD (2006, pág. 209).

¹³ OCDE (2005, pág. 180).

¹⁴ Oficina Nacional de Auditoría (2005).

Perspectiva de la Oficina de Comercio Leal en el debate sobre la productividad

En un informe presentado en enero de 2007, la Oficina de Comercio Leal del Reino Unido analizó la relación existente entre competencia y productividad. El Tesoro ha determinado que la competencia es uno de los varios motores de la productividad en la economía de un país. Esto significa que la eficacia de una autoridad reguladora de la competencia también puede medirse en términos de productividad en el mercado. De manera similar, la baja productividad puede indicar una falta de competencia, lo que supone que competencia efectiva equivale a productividad efectiva. Así se afirma en la gran cantidad de publicaciones que aportan pruebas a favor de esta teoría que se ha analizado en el informe (Oficina de Comercio Leal, 2007, pág. 16). Se considera que el análisis de la productividad ayuda a la Oficina a identificar los sectores en que se necesitan mayores insumos en forma de priorización de las esferas motivo de preocupación en las que la Oficina tiene que hacer un esfuerzo. En consecuencia, la Oficina se convierte en un agente importante para potenciar la marcha de la productividad.

La repercusión de la competencia sobre la productividad se ha dividido en tres esferas: "efectos dentro de la empresa", "efectos entre empresas" e "innovación". La primera explica la teoría de la eficiencia X que puede conseguirse imponiendo la observancia de la competencia, que presiona a los administradores a centrarse en la eficiencia interna de la empresa. La segunda se refiere al nivel de productividad de las empresas, que comparadas entre sí tiene como efecto la salida del mercado de que son las menos eficientes en comparación con las otras. La tercera esfera considerada, aunque resulta complicada, es la conexión existente entre competencia e innovación. Ésta y las mejoras tecnológicas suelen aumentar mediante un alto nivel de competencia en el mercado correspondiente.

26. En la República de Corea, la Oficina de Coordinación de la Política del Gobierno calcula la adecuación de la evaluación efectuada por la Comisión de Comercio Leal acerca de la imposición de la observancia del derecho de la competencia, como parte de la gestión gubernamental de los resultados.

27. El Consejo de Supervisión del Estado examinó las actividades de la autoridad turca reguladora de la competencia publicando un informe en 2002¹⁵ que notificó varios cambios del proceso de gestión, exhortó a una mayor coordinación con los reguladores del sector y recomendó varias modificaciones jurídicas, entre otras cosas.

6. Examen interno

28. La comunicación presentada por Suiza a esta reunión informa de que los datos que ha reunido la Comco (Comisión Suiza de Defensa de la Competencia) "constituyen exclusivamente

¹⁵ OCDE (2005, pág. 180).

un control interno *a posteriori* de determinadas decisiones y no se pretende utilizarlos en el exterior". Además, los criterios elaborados para evaluar las decisiones son específicos para cada caso pero pueden referirse "al precio, la cantidad o el acceso a bienes o servicios". Sin embargo, no se informa de cómo se eligen exactamente los casos concretos.

29. En la comunicación de la CE a la mesa redonda de la OCDE sobre evaluación se describe de qué manera, en el examen de varias excepciones por categorías, participaron en diferentes proporciones personal de la Comisión y consultores y profesores del exterior, dependiendo de las necesidades y la conveniencia¹⁶. El Canadá ha comunicado que está realizando un "estudio de los remedios impuestos en las fusiones". Su finalidad es evaluar la eficacia de los remedios utilizados en el pasado, estudiando, por ejemplo, la diferencia de competitividad en el mercado y si esta situación ha mejorado efectivamente como consecuencia de los remedios impuestos. Otro asunto que debe considerarse es si la Oficina Canadiense de Regulación de la Competencia ha podido predecir correctamente los efectos sobre la competencia y los resultados, y si cuando se determinaron los remedios se dejaron de lado algunos factores pertinentes. Por último, la finalidad es evaluar las técnicas empleadas y determinar si pueden mejorarse por medio de esta autoevaluación interna.

VI. CRITERIOS PARA EVALUAR LA EFICACIA DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA

30. 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.

31. 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. Como se señala en UNCTAD (2006), Voigt (2006, pág. 6) elabora indicadores que miden la independencia de derecho y de hecho de los organismos reguladores de la competencia en su modelo que relaciona el derecho de la competencia y las características del organismo con la productividad total de los factores. La independencia de derecho es un índice compuesto que combina información acerca de la supervisión del gobierno, los objetivos del organismo, los nombramientos del organismo, la duración del empleo de los funcionarios del organismo, la asignación de casos del organismo, la naturaleza de las instrucciones ejecutivas dadas al organismo, y la transparencia. La independencia de hecho es una amalgama que combina la "duración media del empleo" del ejecutivo, los ingresos de los funcionarios reguladores y las decisiones en materia de competencia anuladas por decisiones del ejecutivo, así como otras variables¹⁷.

¹⁶ OCDE (2005, pág. 210).

¹⁷ UNCTAD (2006), http://www.unctad.org/en/docs/ditcclp20064_en.pdf.

32. Si ocurre realmente (y debe señalarse que los resultados de Voigt no son totalmente concluyentes) que la mayor independencia de hecho fomenta la productividad (y por ello el crecimiento), la evaluación de esos componentes de la independencia de hecho proporciona un medio para evaluar la eficacia de la autoridad reguladora de la competencia para alcanzar el fin de un mayor crecimiento económico.
33. De manera alternativa, un organismo podría tratar de conseguir cierta información acerca de su eficacia examinando diversos criterios de "producto". El primer conjunto de criterios de esta clase que podría examinarse incluye los que no suponen ningún intento de cuantificar el éxito de las intervenciones en términos, por ejemplo, de objetivos de eficacia más amplios, sino centrarse en medidas del éxito burocrático. Medidas como los casos judiciales resueltos con éxito, el tiempo necesario para tramitar los expedientes de fusiones, etc., están estrechamente relacionadas con los criterios de "insumo" identificados más arriba.
34. En esta categoría también podríamos incluir diversas medidas de satisfacción de los interesados. El cambio de la idea que se tiene acerca de la eficacia de un organismo y el mayor reconocimiento general del propio acto de la competencia pueden ser indicios de mejoras en la conducta del organismo en lo que se refiere a sus actividades de imposición de la observancia y de defensa.
35. Estos tipos de criterios de producto pueden ser bastante burdos¹⁸. La complejidad del caso varía según la jurisdicción. Por ejemplo, diferenciar los umbrales de la fusión puede significar que diferentes organismos se ocupan de casos que tienen distintos grados de complejidad. También son importantes las diferencias en la naturaleza del régimen de notificación de la fusión. En estos casos, el tiempo de ajuste por movimiento de personal en las fusiones, etc., es posible que no constituya una medida fiable de la productividad. Las acciones judiciales realizadas con éxito, como medida empleada para evaluar la productividad, también presentan diversas dificultades, ya que las jurisdicciones varían en su consideración de las medidas administrativas y judiciales.
36. 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.
37. 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.

¹⁸ El examen siguiente se basa en OCDE (2005, pág. 174).

38. Por ejemplo, la CE, en su "Estudio de los remedios de las fusiones"¹⁹, 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.

39. 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 notables²⁰. Por una 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".

40. 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.

41. En un sentido, la autoridad reguladora de la competencia *tiene* que estudiar verdaderamente su eficacia, a saber, en términos de la observancia. Es preciso vigilar a las empresas para determinar si aplican realmente las condiciones y los remedios requeridos. La mayoría de los países que respondieron a nuestra petición de más información indicaron que también vigilaban a las empresas que habían vulnerado el derecho de la competencia en el pasado y los mercados en que en el pasado se habían descubierto actuaciones contra la competencia (por ejemplo, Eslovaquia, Pakistán).

42. De todos modos, como pone de manifiesto la comunicación de Turquía, las medidas para obligar a respetar la competencia se vigilan a sí mismas en un sentido: si persiste el problema en el sector afectado, cabría esperar que le siguiera otra denuncia (pág. 1). No obstante, el resultado

¹⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/remedies_study.pdf.

²⁰ Clarke y Evenett (2003) llegan a la conclusión de que las cantidades cobradas de más por el cártel de las vitaminas ascendió como mínimo a 789,39 millones de dólares de los Estados Unidos y, lo que tiene gran importancia, "la factura de las importaciones subió más en aquellas partes de América Latina que carecen de regímenes para hacer cumplir activamente la ley a los cárteles".

que se espera debería centrarse en suprimir las prácticas contrarias a la competencia de forma inmediata y poner término a sus consecuencias negativas sobre la competencia en el mercado.

43. La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos informan de que hay organismos que analizan los litigios finalizados para evaluar los resultados de la participación de su personal, los consultores contratados y los testigos llamados como expertos, así como para evaluar los instrumentos y estrategias empleados durante el litigio y para examinar "el apuntalamiento jurídico y económico del caso"²¹.

44. 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.

45. Si una autoridad reguladora ha podido hacer recomendaciones o presentar propuestas al gobierno en relación con cuestiones de política de la competencia que hayan tenido una consecuencia positiva sobre la economía, esto constituye también una indicación de la eficacia. Por ejemplo, la autoridad reguladora de Túnez ha desempeñado una función dinámica y sentado las bases para diferentes reformas relacionadas con el derecho de la competencia.

46. Un criterio importante para evaluar la eficacia de una autoridad encargada de la política de la competencia es comparar los resultados que alcanza con los objetivos establecidos en su régimen de política de la competencia. Normalmente, esto se indica en el preámbulo de la legislación en la que se promulga el régimen de la competencia del país. En consecuencia, una unidad de medida para evaluar la eficacia del organismo regulador de la competencia sería examinar continuamente si las actividades de la autoridad para imponer la observancia permiten alcanzar los objetivos establecidos en la legislación. Esta idea también se tuvo en cuenta en el caso de Túnez, en que se declara que la eficacia puede medirse comprobando en qué medida la autoridad ha podido cumplir su misión. Es preciso tener en cuenta las consecuencias que la existencia de la autoridad tienen realmente sobre la situación de la competencia en el país. Si la misión es mejorar la competitividad y el mercado todavía está dominado por unas pocas empresas, sería verdaderamente legítimo cuestionar la eficacia de la autoridad.

47. 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.

²¹ OCDE (2005, pág. 185).

7. Atención de las necesidades del interesado

48. En el Reino Unido, la Comisión de la Competencia elaboró un informe final del estudio sobre los interesados (2006) para proporcionar más información acerca de los resultados que los que figuran en los exámenes llevados a cabo por especialistas internacionales del mismo nivel. La metodología consistió en estudiar la actitud de los interesados -es decir, los que participan en el proceso de investigación: las empresas que responden y sus asesores, los grupos de consumidores y las asociaciones mercantiles- en lo que se refiere a los resultados alcanzados por la Comisión en relación con una serie de indicadores. Aunque se trataba de una muestra pequeña, permitió a los autores del informe determinar las esferas que quienes respondieron a la encuesta consideraban importantes pero en las que los resultados de la Comisión no eran totalmente satisfactorios. Las empresas y los gremios mostraron una ligera preferencia por los indicadores del "proceso" y en cambio los asesores tendieron a ser favorables a los resultados²². En el informe se recomienda "aumentar la comunicación acerca del proceso de investigación" como medio para mejorar la percepción de los resultados por parte de los interesados²³.

49. Desde 1994, la autoridad sueca encargada de la competencia realiza un estudio anual de partes seleccionadas al azar de "pequeñas y medianas empresas, grandes empresas, concejos municipales y de condado, abogados mercantiles, periodistas y gremios comerciales"²⁴. El estudio se subcontrata a una empresa de estudio de mercados y tiene por finalidad determinar la concienciación existente acerca de la Ley de la competencia (y de este modo, indirectamente, la cultura de la competencia) y proporcionar alguna información de los interesados acerca de la eficacia de la autoridad.

8. Medida de los cambios en los insumos

50. Esto puede suponer la evaluación de los procesos del organismo en términos de prácticas de gestión, estructura organizativa y procedimiento operacional.

51. A este respecto pueden emplearse varios indicadores, por ejemplo, el costo del examen de las fusiones. Cabe citar la iniciativa del proceso de examen de las fusiones del Departamento de Justicia²⁵, encaminado a acelerar la identificación de las características jurídicas y económicas fundamentales de casos concretos, y de este modo los datos económicos pertinentes, así como el proceso de evaluar las pruebas. También ha habido otras iniciativas para intentar agilizar los procesos de notificación y examen.

52. Uno de los mayores cambios en muchas jurisdicciones en los últimos años ha sido la creación de programas de indulgencia empresarial. Organismos de los Estados Unidos han determinado que la revisión del proceso de amnistía es fundamental para que aumente su

²² Comisión de la Competencia (2005, págs. 17 y 18).

²³ Comisión de la Competencia (2005).

²⁴ OCDE (2005, pág. 175).

²⁵ OCDE (2005, pág. 188).

utilización en ese país²⁶. La supervisión de las penas de prisión y de las multas impuestas permite que el Departamento de Justicia evalúe la eficacia con que hace cumplir penalmente la legislación contra los monopolios²⁷.

53. La Comisión de la Competencia del Reino Unido informa²⁸ de que nombró consultores económicos para estudiar los procedimientos analíticos empleados por el personal durante las dos primeras semanas de una investigación sobre una fusión, con el fin de compararlos con las prácticas óptimas y recomendar posibles mejoras. Los cambios del proceso interno derivados de ese examen podrían incorporarse después en "los presupuestos de asignación de recursos".

54. Otros cambios importantes del proceso que mejorarán la eficacia del cumplimiento obligado del derecho de la competencia son los que aumentan la cooperación al respecto con otras jurisdicciones. Se trata de un tema del que se ocupan extensamente otras publicaciones de la UNCTAD²⁹.

9. Medida de los cambios en los productos

55. Algunos países han escrito que si bien no examinan de manera específica los efectos del derecho de la competencia caso por caso, se centran de modo más general en el adecuado funcionamiento de los mercados, como ocurre en Finlandia³⁰, por ejemplo mediante estudios sectoriales. No obstante, en muchos casos los países han realizado evaluaciones *a posteriori*, tratando de comprender los efectos precisos de sus intervenciones (y no intervenciones) en materia del derecho de la competencia. Lo examinaremos en la próxima sección. El mayor número de estudios se refiere a exámenes del derecho de la competencia y de la política relacionada con las fusiones.

VII. EVALUACIÓN A POSTERIORI

56. Clasificamos las actividades de evaluación *a posteriori* en las relativas a las consecuencias de los estudios sectoriales, o investigaciones por sector, es decir, las que examinan las iniciativas de defensa y selección de casos; los exámenes de cumplimiento de las fusiones; y las que suponen un examen de las intervenciones en casos particulares.

²⁶ OCDE (2005, pág. 189).

²⁷ OCDE (2005, pág. 189).

²⁸ OCDE (2005, pág. 201).

²⁹ UNCTAD (2005, 2006).

³⁰ Comunicación de Finlandia.

10. Repercusión de los estudios sectoriales y las investigaciones por sector

57. Podría nombrarse a personal del organismo o a consultores externos para efectuar un estudio de un sector en particular que se haya identificado como posiblemente problemático en lo que se refiere a aspectos de la competencia, especialmente importante desde el punto de vista del consumidor o importante de algún otro modo. Estos estudios a veces se han realizado durante la fase de desarrollo del derecho para determinar la necesidad de la Ley de la competencia. En otras jurisdicciones que tienen un derecho de la competencia y una autoridad reguladora, un estudio sectorial podría incluir un examen de casos pertinentes realizados por la autoridad, lo que podría proporcionar información útil sobre los efectos de intervenciones concretas en términos de cambios sectoriales más extensos. Las investigaciones sectoriales, como las que se realizan en el entorno de la CE, pueden emplearse como importante instrumento para reunir información, además de preceder a la adopción de medidas en virtud de los artículos 81 y 82, la armonización de jurisdicciones transversales o iniciativas laborales. Además, la investigación supondrá el examen de asuntos del pasado correspondientes al sector, así como un análisis de sus consecuencias sobre el ulterior desarrollo del mercado. En otras jurisdicciones, como la del Reino Unido, la investigación sectorial puede conducir a la imposición de remedios que pueden tener importantes repercusiones en el mercado.

11. Examen de las iniciativas de defensa y mejora de la selección de casos

58. La UNCTAD (2006) informa de que las autoridades de la Secretaría de Derecho Económico del Brasil (SDE) consideran que hacer cumplir el derecho de la competencia es un problema de "gestión de cartera". Los casos seleccionados registran los resultados más elevados (es decir, tienen las mayores repercusiones económicas o afectan a gran número de interesados) y tienen la probabilidad de ser ratificados por el Consejo de Defensa Económica (CADE). La Oficina de Comercio Leal del Reino Unido publicó hace poco un documento sobre productividad y competencia, destinado precisamente a contribuir al entendimiento de "la manera en que la autoridad reguladora de la competencia puede incorporar el análisis de la productividad en su orden de prioridades"³¹. Uno de sus significados es "explorar el horizonte", lo que supone determinar los obstáculos fundamentales de la productividad en la economía.

59. La comunicación de la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia informa de que en un discurso pronunciado a principios de 2005 la Presidenta de la Comisión, Deborah Platt Majoras, intentó cuantificar las consecuencias de las actividades de defensa de los organismos, llegando a la conclusión de que esas actividades habían tenido efectivamente consecuencias positivas³².

12. Examen de la imposición de la observancia de las disposiciones sobre fusiones

60. La Comisión de la Competencia del Reino Unido supervisa de forma continua la aplicación de medidas correctoras con miras a elaborar una política y una práctica en esta esfera. En 2007 realizó un estudio a este respecto con una metodología consistente en examinar

³¹ Oficina de Comercio Leal (2007, pág. 4).

³² OCDE (2005, pág. 187).

cuatro casos que abarcan todos los tipos principales de remedios aplicados normalmente -"desinversiones, medidas para limitar el comportamiento vertical y medidas para controlar los resultados" (pág. 2)- mediante investigación documental y entrevistas con los responsables de aplicar los remedios. El informe toma nota de dos importantes estudios anteriores sobre los remedios, a saber, uno realizado por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos en 1999 en el que se examinaba su proceso de desinversiones, y otro finalizado en 2005 por la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea. La metodología de estos dos estudios consistió principalmente en entrevistar a las partes compradoras y desinversoras. El informe de la Comisión de la Competencia del Reino Unido compara las conclusiones de los tres estudios y ofrece las posibles razones relacionadas con los diferentes regímenes de fusión y experiencia de los tres órganos como posibles explicaciones de las diferencias en sus conclusiones.

61. En su comunicación a la UNCTAD para preparar el octavo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos, la Oficina de la Competencia del Canadá indicó que estaba realizando un estudio en el que se analizaba la eficacia de las soluciones jurídicas aplicadas en el pasado en materia de fusiones con miras a conocer mejor "los procesos, principios, modalidades y condiciones" que pueden ser objeto de mejora.

62. En el Reino Unido, en 2005, la Oficina de Comercio Leal, el Departamento de Comercio e Industria y la Comisión de la Competencia terminaron un estudio de los efectos *a posteriori* de las fusiones³³. El estudio abarca 10 de los 29 casos remitidos por la Oficina de Comercio Leal a la Comisión de la Competencia, que posteriormente obtuvieron la aprobación sin que se impusiera ninguna solución jurídica, para determinar si se habían confirmado las razones postuladas por la Comisión de la Competencia para proceder a la aprobación, es decir, se intentaba corroborar con la experiencia posterior las razones más importantes en que se basaba la aprobación de las fusiones (los resultados previstos por la Comisión de la Competencia). El método de investigación consistía principalmente en entrevistar a los compradores de los productos de los mercados afectados, lo que permitió acumular muchos conocimientos sobre los factores determinantes del poder de compra.

63. Se trata por consiguiente de un intento de determinar si de hecho prevalecen los obstáculos a la competencia identificados por la Comisión de la Competencia que recomendó la fusión sin aplicar ningún remedio jurídico. A este respecto, los autores del estudio examinaron la evolución de "por ejemplo, los precios, los beneficios, la entrada y la salida, los nuevos productos, la nueva tecnología, y los cambios registrados en los gustos de los clientes y las estrategias de compra".

64. Del informe se deduce que la Comisión de la Competencia ha logrado buenos resultados en la previsión de la evolución futura del mercado³⁴. En el informe se identifican los principales obstáculos a la competencia a corto y a largo plazo que se habían previsto, comparándolos con

³³ Este informe (Oficina de Comercio Leal, 2005) fue escrito por PricewaterhouseCoopers LLP para la Oficina de Comercio Leal, el Departamento de Comercio e Industria y la Comisión de la Competencia.

³⁴ Oficina de Comercio Leal (2005, pág. 71).

las conclusiones alcanzadas *a posteriori*. Se recomienda asimismo que, en el contexto de las empresas insolventes, los indicios acerca de la capacidad (fijada como objetivo) de la empresa para sobrevivir pueden encontrarse en "datos recientes sobre el reparto del mercado o pruebas de cambio de conducta en (por ejemplo) los seis meses anteriores al anuncio de la fusión"³⁵.

Además, pone en duda el supuesto implícito de la Comisión de la Competencia de que era mejor que la empresa "insolvente" sobreviviera³⁶. Por consiguiente, en general el informe destaca la importancia de evaluar la situación suponiendo que no hubiera intervención (pág. 79).

El informe concluye además que el "poder de compra" es una noción más rica y compleja que la que se refleja a menudo en las evaluaciones sobre la competencia (pág. 84). El informe proporciona alguna investigación preliminar útil sobre este tema, por ejemplo, acerca de la importancia de la doble fuente de abastecimiento³⁷.

65. En un documento anterior (Oficina de Comercio Leal, 1999) se expresó la teoría de los mercados oligopolísticos aplicada a 11 estudios de casos y se llegó a la conclusión de que la decisión de conceder la aprobación en la mayoría de ellos había sido correcta. También en este estudio se destaca la importancia del poder de compra y la evolución del mercado siguiendo los cambios estructurales derivados de la fusión. Los estudios de casos y el examen de la teoría se utilizan después como base para recomendaciones sobre la manera en que se examinan las futuras fusiones horizontales.

66. La cuantificación de los efectos de sus intervenciones es uno de los medios que utiliza la Comisión de la Competencia del Reino Unido para tratar de determinar su eficacia. Cabe citar como ejemplo cuando en 2006 la Comisión trató de cuantificar las fusiones contra las que había adoptado medidas y no las que había aprobado sin establecer ningún remedio (el tema del estudio anterior). El estudio constituye una predicción de lo que habría ocurrido, entre otras cosas, en relación con los precios si en realidad se hubiera producido la "disminución sustancial de la competencia". Se estimó que el costo para los consumidores fue de 31,4 millones de libras esterlinas.

67. En un informe anterior (2003), la Comisión de la Competencia del Reino Unido encargó a profesores universitarios el estudio de diversos informes sobre fusiones que había realizado, con miras a mejorar el análisis que figuraba en ellos.

68. A raíz de la publicación de las directrices de la fusión horizontal en 1992, los organismos encargados de hacer cumplir la política en materia de competencia en los Estados Unidos han tratado continuamente de supervisar la observancia obligada de la legislación relativa a las fusiones. Con este fin, en 2003 se procedió a publicar los datos sobre los problemas de las fusiones de 1999 a 2003, los datos de la investigación de las fusiones horizontales correspondientes a los ejercicios fiscales de 1996 a 2003, el proceso de examen de las fusiones y, en 2006, el comentario sobre las directrices de las fusiones horizontales (pág. v). Este

³⁵ *Ibid.*, pág. 77.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, pág. 27.

comentario tenía por finalidad mejorar la transparencia de la aplicación de las directrices sobre las fusiones³⁸.

69. En 2004, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó las *Directrices normativas de la División Antimonopolios para los remedios aplicables a las fusiones* con miras a estudiar los principios jurídicos y económicos que rigen la imposición y elaboración de remedios en casos de fusión³⁹. En 2005, se celebró en la Comisión Federal de Comercio una conferencia sobre la estimación de los efectos del precio de las fusiones y las concentraciones en la industria del petróleo, en la que se instó a destacados profesores universitarios a comparar las metodologías empleadas para estudiar las fusiones en la industria del petróleo en diferentes informes de la Oficina General Contable del Gobierno y la Oficina de Economía de la Comisión Federal de Comercio.

70. También se han hecho estudios acerca de las fusiones en los hospitales y diversas fusiones que no cuestionó el Departamento de Justicia en, por ejemplo, servicios de auditoría y las líneas aéreas⁴⁰. Además, el Departamento de Justicia ha realizado varios estudios acerca de los resultados registrados en varias ramas de actividad reglamentadas.

71. La Comisión de la Competencia de Zimbabwe finalizó en noviembre de 2006 una evaluación *a posteriori* del control de las fusiones. Después de este examen se celebró una conferencia de los interesados para examinar algunas de las conclusiones con miras a adoptar recomendaciones. El estudio de las fusiones aprobadas por la Comisión de Zimbabwe dividió los casos examinados en los aprobados con condiciones o sin ellas. Habida cuenta de que este proceso no había terminado en el momento de escribir el presente documento, es demasiado pronto para llegar a conclusiones definitivas. Este ejercicio irá seguido de una investigación del cumplimiento obligado en caso de actividades contrarias a la competencia.

72. El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos también han celebrado conjuntamente audiencias y talleres para examinar, por ejemplo, la evolución empresarial y jurídica en términos de propiedad intelectual, atención de salud y fusiones. Esto ha permitido que los organismos puedan acceder a gran variedad de opiniones sobre estos temas, y a los participantes de las empresas, los expertos universitarios y otras partes interesadas⁴¹. Estas audiencias pueden proporcionar una base para trabajos futuros de defensa e investigación.

73. La CE afirma que el *Estudio de los remedios de las fusiones*, publicado en octubre de 2005, ha sido con mucho la evaluación *a posteriori* más importante de sus intervenciones en los últimos años. Después, un consultor privado realizó un estudio metodológico también en la

³⁸ Comentario sobre las directrices para las fusiones horizontales, marzo de 2006, Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia.

³⁹ OCDE (2005, pág. 184).

⁴⁰ OCDE (2005, pág. 185).

⁴¹ OCDE (2005, pág. 186).

esfera de las fusiones, que se publicó en enero de 2007. Este estudio tenía por finalidad determinar en primer lugar los problemas planteados en la elaboración y aplicación de los remedios en caso de fusión; en segundo lugar, determinar la eficacia de los remedios impuestos por la Comisión entre 1996 y 2000; y, por último, las posibles esferas en las que introducir mejoras al elaborar remedios en el futuro. En el estudio se examinaron 96 remedios utilizados en 40 casos y se supervisó a muchas de las principales personas participantes en las fusiones. En muchos casos se recurrió a desinversiones como uno de los componentes del conjunto de remedios.

74. En el estudio se llegó a la conclusión de que algunos de los problemas fundamentales restantes para elaborar remedios de desinversión se debieron "a no haber sabido definir adecuadamente el ámbito de la empresa objeto de la desinversión, [...] la aprobación de un comprador inadecuado, la distribución incorrecta de activos y la transferencia incompleta de la empresa objeto de la desinversión al nuevo propietario"⁴².

75. En el informe se destacan algunos de los componentes de las empresas viables después de la desinversión, la posible dependencia de terceros del conjunto de remedios, las cuestiones correspondientes a la distribución de activos, las cuestiones relativas a los derechos de propiedad intelectual y la importancia de mejorar la función de los fideicomisarios que supervisan la aplicación de los remedios. También se refiere a otros componentes importantes de la elaboración y aplicación de los remedios, como las dificultades para elegir a los compradores de la empresa objeto de la desinversión.

76. Los demás tipos de remedios estudiados fueron los que suponen compromisos de acceso, y se llegó a la conclusión de que su elaboración (modalidades de acceso) y supervisión eran difíciles.

77. El estudio de los remedios de las fusiones también investigó la eficacia de los remedios en lo que se refiere a su objetivo declarado, a saber, "mantener la competencia efectiva impidiendo la creación o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado". Esto se intentó mediante una variedad de pruebas cualitativas y cuantitativas.

78. En un estudio reciente de las repercusiones de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia⁴³, los autores llegan a la conclusión de que dicha Comisión ha tenido consecuencias importantes para la comunidad empresarial de Australia y su observancia del derecho de la competencia. Llegan a la conclusión de que, por ejemplo, el mejoramiento de las actividades encaminadas a conseguir la observancia y la imposición de mayores penas ha conducido a aumentar la concienciación respecto de la observancia.

79. También informan de que esta concienciación de la observancia no se concreta automáticamente en un cambio de comportamiento por parte de la comunidad empresarial. Sus estudios de casos ponen de manifiesto que en algunas ocasiones la voluntad de observancia y los programas siguen siendo simbólicos, y además es difícil convencer no sólo a la alta dirección

⁴² Comunicación de la CE, pág. 3.

⁴³ Parker, Ainsworth y Stepanenko (2004).

sino también a los dirigentes medios de la importancia de una observancia efectiva. Según los autores, la solución podría ser "una combinación reguladora multirreticular" en la que las reglas se adopten para mejorar la observancia y se tengan en cuenta factores contextuales en los casos en que "... las medidas para imponer el cumplimiento que cambie los contextos del comportamiento del mercado de diferentes maneras probablemente sean eficaces para mejorar la observancia..."⁴⁴.

13. Examen de intervenciones en casos particulares

80. Las autoridades reguladoras de la competencia podrían encargar a expertos jurídicos o económicos que estudiaran, evaluaran y formularan recomendaciones acerca de los casos judiciales en los que el organismo ha participado. Un estudio de 2004 encargado por el Departamento de Comercio e Industria del Reino Unido examinó las consecuencias de la validación de la política de la competencia en seis "casos ilustrativos: servicios de ópticos minoristas, llamadas telefónicas internacionales, el Acuerdo sobre el valor contable, los vuelos de pasajeros en Europa, los automóviles nuevos y la réplica de equipo para jugar al fútbol". Todos estos estudios de casos entran dentro de la categoría amplia de política de la competencia en general, aunque no todos correspondan al cumplimiento obligado del derecho de la competencia. El fomento de la competencia resulta en precios más bajos, mayores cantidades vendidas y promoción de una mayor variedad de productos.

81. La Comisión de Comercio Leal de Corea informa de que sus evaluaciones se basan en el bienestar del consumidor. Teóricamente, la investigación será completa, evaluará "los cambios del precio de bienes y servicios, el alcance de la mejora de la calidad y el ámbito de expansión de las opciones de los consumidores"⁴⁵. En la práctica, se tiende a poner máximo interés en "los cambios de precios de los bienes y servicios antes y después de la imposición de remedios a los cárteles".

82. La Comisión de Comercio Leal de Corea presenta cuatro casos a modo de ejemplos. En el primero, relativo a la fijación de precios en los mercados de uniformes escolares de invierno y de verano, la comparación previa y posterior de los precios y las cantidades arroja unos ahorros de aproximadamente 15.000 millones de won. En el segundo caso, relativo a la supresión de la reglamentación de las comisiones de servicio en profesiones públicas, la Comisión controla regularmente los precios en beneficio de los consumidores. La Comisión considera que así se ayudará a los consumidores a adoptar decisiones racionales con respecto a la compra de servicios profesionales. Con respecto a las maquinaciones para alterar las ofertas en la construcción pública, la Comisión informa de que "se estima que cada año se ahorran 4 billones de won del presupuesto del Estado desde que la tasa media de adjudicación de contratos cayó del 87% en 1997 al 75% a mediados de 2000". Por último, con respecto al cártel de electrodos de grafito, la Comisión informa del costo de dicho cártel para el país (y, en consecuencia, de los ahorros que su revelación supone para el país). Como indica la Comisión, la utilidad de este ejercicio reside simplemente en que ilustra la manera en que los ahorros conseguidos mediante la imposición de la observancia superan su costo.

⁴⁴ *Ibíd.*, pág. 105.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión de Comercio Leal de Corea.

83. El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos preparan anualmente resúmenes de la magnitud de los mercados afectados por sus intervenciones, así como estimaciones de la importancia de los beneficios que obtienen de ellas los consumidores. Informan de que estos valores pueden basarse en la simulación empírica de fusiones y también en otros métodos⁴⁶.

84. Merece señalarse que muchos países comunican que no han realizado ningún ejercicio de evaluación de la eficacia de las decisiones contra los monopolios.

VIII. PRIORIDADES DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO PARA EVALUAR LAS CONSECUENCIAS

85. Los países en desarrollo están acosados por muchos obstáculos a la competencia. Existe la urgente necesidad de que estos países tengan un derecho y una política de la competencia eficaces. No obstante, debido a las diversas características del mercado y a las dificultades jurídicas y para imponer la observancia, es mucho más difícil aplicar el derecho y la política de la competencia en los países en desarrollo que en los países desarrollados. Oliveira (2006), Oliveira y Paulo (2006) y Oliveira y Fujiwara (2006) examinan algunos de estos factores, que incluyen amplios sectores informales, 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 política⁴⁷. Es importante que cada país adapte a su medida la aplicación de las iniciativas en materia de evaluación para fomentar la competencia al mismo tiempo que actúa con esas limitaciones.

86. Estas características dan a entender que los mercados no competitivos son un problema todavía mayor en los países en desarrollo. La necesidad de una observancia efectiva del derecho de la competencia es grande, pero existen serios obstáculos para la efectiva aplicación normativa.

87. La evaluación puede ayudar a tratar los problemas de economía política más graves, contribuyendo de este modo a proporcionar legitimidad al sistema normativo. Por otra parte, las limitaciones de la capacidad en los países en desarrollo perjudican el adecuado rendimiento de esas evaluaciones. No obstante, cuando se lleva a cabo de manera adecuada en estos contextos, la evaluación puede ayudar a proporcionar conocimientos acerca de las limitaciones a la

⁴⁶ OCDE (2005, pág. 186).

⁴⁷ Una nota de antecedentes de la secretaría de la OCDE (2004) determina cuatro categorías de dificultades: una categoría general -la falta de una cultura de la competencia, concepto que debe entenderse como el apoyo político para utilizar la competencia en los mercados, como medio por "defecto" o "normal" de organizar la actividad económica. Los otros tres tipos de dificultades se refieren a: a) los problemas especiales con que se enfrentan las pequeñas economías en desarrollo, b) los problemas relacionados con los sectores informales o no organizados, y c) la adaptación de las instituciones a la introducción de leyes y políticas favorables a la competencia. Una comunicación de China al Foro Global de la Competencia añade a esta lista los problemas de las actividades contrarias a la competencia de gobiernos locales y regionales, aunque esto guarda relación con el punto c) relativo a la adaptación de las instituciones.

competencia específicas de esos países, derivadas de las características arriba enumeradas, y también puede contribuir a sugerir posibles remedios.

88. El examen de los varios criterios antes mencionados puede constituir un factor importante de los objetivos de los países en desarrollo. Las prioridades de estos países pueden ser muy diferentes de las de los países desarrollados. No obstante, existe el riesgo de pedir demasiado, cuando otros instrumentos de política pueden ser los más adecuados para alcanzar determinados fines. Esto refuerza la importancia de la evaluación. Es necesario entender los efectos del programa de un país para hacer cumplir el derecho de la competencia, con el fin de determinar las posibilidades y limitaciones de la política en esta esfera.

IX. CONCLUSIONES

89. Esta nota de antecedentes ha presentado el tema de la evaluación de la eficacia de las autoridades reguladoras de la competencia. Ha presentado los fundamentos en que se basa la evaluación, los tipos de evaluación realizados hasta ahora, y quién los ha realizado. Por último, se han examinado las iniciativas en materia de evaluación que se han llevado a cabo en función de estudios sectoriales, iniciativas de defensa, examen de la imposición de la observancia en materia de fusiones y cárteles, e intervenciones en casos especiales de conducta contraria a la competencia.
