

ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

Informe preparado por el
Grupo de Trabajo sobre Abogacía

Conferencia anual de la Red Internacional
de Competencia Económica (RICE)
Nápoles, Italia, 2002

ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

se refiere a la

PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

mediante mecanismos distintos
a los de exigir el cumplimiento
de las leyes de competencia

DIRECTORIO

GRUPO DE TRABAJO SOBRE ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

Fernando Sánchez Ugarte
Presidente
Mexico

ALLAN FELS,
Australia

CHRIS WEST
Canadá

MÓNICA SALAMANCA MARALLA
Chile

GEORG ROEBLING
Unión Europea

JEROME GALLOT
Francia

ALBERTO HEIMLER
Italia

HIROSHI UENO
Japón

JOSEPH SEON HUR
Corea

JUSTYNA MICHALIK
Polonia

THEODOR VALENTIN PURCAREA
Rumania

ROGER FONES
Departamento de Justicia, EUA

PAUL KARLSSON
Comisión Federal de Comercio, EUA

TAD ABBOT LIPSKY
American Bar Association

PRADEEP S. MEHTA
CUTS

MARK SCHECHTER
Cámara Internacional de Comercio

DAPHNE YONG-D'HERVÉ
Cámara Internacional de Comercio

DAVID E. WHEELER
ICC/ BIAC

RUGHVIR SHYAM KHEMANI
LECG

PAUL CRAMPTON
OCDE

LENNART GORANSON
OCDE

PHILIPPE BRUSICK
UNCTAD

INDICE

RESUMEN EJECUTIVO

1 INTRODUCCIÓN	16
2 ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA:.....	20
UN MARCO CONCEPTUAL	20
2.1 Abogacía por la Competencia: Definición	20
2.2. Competencia y Regulación	21
2.3. El papel de la Abogacía	25
2.4. El Contenido Político de la Política de Competencia	27
2.5. ¿Primero Abogacía?	28
2.6. Economías en Desarrollo y en Transición contra Países Desarrollados.....	31
2.7. Aspectos Institucionales	32
2.8. La Dimensión Internacional de la Abogacía.....	34
3 LA ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA VISTA POR LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA RICE: LOS RESULTADOS.	36
3.1. La Autoridad de Competencia	36
3.2. Autonomía Operativa de la Autoridad de Competencia	46
3.3. La Abogacía en el Marco Regulatorio y Legal	52
3.4. Interacción entre Aplicación de la Ley y Abogacía por la Competencia	66
3.5. Abogacía por la Competencia y Opinión Pública	68
3.6. Recursos Dedicados a la Abogacía por la Competencia	77
3.7. Evaluando y Mejorando la Abogacía por la Competencia	80
3.8. Dimensión Internacional de la Abogacía.....	83
4 CONCLUSIONES.....	86
ANEXO 1	89
ANEXO 2.....	100

ABOGACIA POR LA COMPETENCIA

Resumen Ejecutivo

1. Introducción

El Grupo Directivo de la Red Internacional de Competencia Económica (RICE) decidió llevar a cabo un estudio sobre abogacía por la competencia con el propósito de analizar su relevancia para fomentar mercados competitivos y promover el bienestar social. Para tal fin, se estableció el Grupo de Trabajo sobre Abogacía con el mandato de emprender proyectos cuyo objeto será elaborar recomendaciones a los miembros de la RICE sobre mejores prácticas y de proporcionarles información en apoyo a sus tareas de abogacía.

El primer proyecto del Grupo de Trabajo consistió en organizar una encuesta entre los miembros de la RICE sobre sus actividades de abogacía. El cuestionario fue diseñado y aplicado por un equipo especial de la Comisión Federal de Competencia de México dirigido por Fernando Sánchez Ugarte, vice-presidente del Grupo Directivo.

El informe presenta un resumen de las respuestas al cuestionario y comprende cuatro secciones: la introducción; una segunda sección que describe el marco conceptual de la abogacía por la competencia; la tercera sección forma el cuerpo principal del informe, que presenta los resultados del cuestionario y una sección final con conclusiones.

2. Abogacía por la Competencia: Un Marco Conceptual

En este informe se adoptó la siguiente definición para la *abogacía por la competencia*.

Abogacía por la competencia se refiere a aquellas actividades realizadas por la autoridad de competencia, relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas, a través de mecanismos distintos a los de exigir el cumplimiento de la ley (enforcement), principalmente mediante sus

relaciones con otras entidades gubernamentales y para aumentar la conciencia pública sobre beneficios de la competencia.

La primera parte de esta definición se refiere a prácticamente todas las actividades de la autoridad de competencia que no caen en la categoría de aplicación de la ley (enforcement). La segunda parte divide a la abogacía en dos componentes: (i) actividades dirigidas a otras autoridades públicas encargadas de regulación o involucradas en el diseño de la regulación y (ii) actividades dirigidas a diferentes grupos de la sociedad con el fin de incrementar su conocimiento de los beneficios de la competencia y del papel de la política de competencia en la promoción y la protección de la competencia.

La competencia puede verse restringida no solamente por conductas anticompetitivas del *sector privado*, tales como la colusión entre competidores, concentraciones anticompetitivas, acuerdos verticales y el abuso unilateral de una posición dominante, sino también, en determinadas circunstancias, por la intervención del *sector público* del tipo regulatorio. Tal intervención regulatoria puede ser justificada en sectores con importantes economías de escala, que los convierten en monopolios naturales, o cuando hay otras imperfecciones de mercado que impiden que la competencia conduzca a resultados eficientes y socialmente aceptables. Particularmente, algunos mercados no logran ofrecer niveles mínimos de servicios considerados de interés público, en ausencia de una intervención pública. Sin embargo, la intervención regulatoria corre el riesgo de ir más allá de lo estrictamente necesario y puede impedir a veces la competencia indebidamente.

Además, la regulación económica puede dar lugar al surgimiento de grupos de interés que cabildean con las autoridades relevantes por la imposición de medidas regulatorias para su propio beneficio, pero eventualmente en perjuicio de la sociedad en general, particularmente los consumidores. Algunos ejemplos de lo anterior son: uniones de taxistas cabildeando con las autoridades municipales por limitar el número de permisos, o asociaciones industriales cabildeando por la adopción de normas obligatorias difíciles de cumplir para nuevos entrantes o para oferentes del exterior. Evidentemente, las autoridades involucradas que cumplen con su mandato adecuadamente resistirían tales presiones.

Aparte de las pérdidas en bienestar causadas, tales conductas pueden dar lugar a un derroche de recursos escasos en comportamientos de *búsqueda de renta* (rent-seeking) por los miembros de los grupos de interés. Al mismo tiempo, existe el peligro de *captura regulatoria* de las autoridades públicas involucradas.

En países que tienen una ley de competencia en vigor, las conductas anticompetitivas del sector privado pueden combatirse eficazmente al exigir el cumplimiento de esa ley. Por el contrario, la intervención regulatoria de la autoridad pública, sea o no en respuesta de la presión de grupos de interés, es perfectamente legal por lo regular, y por eso es más difícil de influenciarla. Lo que pueden hacer las autoridades de competencia en tales casos, es abogar ante las

autoridades competentes para que eviten medidas regulatorias innecesariamente anticompetitivas o por lo menos, para la adopción de medidas lo más amigables para la competencia posible. Dicho de otro modo, lo que importa en la abogacía ya no es la multa impuesta, sino el poder de convencimiento de los argumentos.

La *abogacía por la competencia* comprende todas las actividades de las autoridades de competencia que no caen en la categoría de aplicación de la ley. Por un lado, esto incorpora los esfuerzos para convencer a otras autoridades públicas de no adoptar medidas innecesariamente anticompetitivas y para ayudar a las autoridades reguladoras a delimitar claramente las fronteras de la regulación económica, eso es determinar cuáles mercados son monopolios naturales u ostentan otras imperfecciones de mercado, de manera que es la regulación, y no la competencia, la que debe disciplinar al mercado, y cuáles mercados se prestan más al proceso competitivo.

Por el otro lado, la abogacía por la competencia comprende los esfuerzos de la autoridad de competencia para concientizar a otras entidades del gobierno, al sistema judicial, a los legisladores, a los agentes económicos y al sector público en general, de los beneficios de la competencia para el bienestar de la sociedad y del papel que la política de competencia puede jugar en la promoción y protección de la competencia. Esto implica una variedad de actividades entre las cuales mencionamos como ejemplos: seminarios sobre temas específicos de competencia económica para el sector empresarial, abogados, jueces, académicos, etc.; comunicaciones de prensa sobre casos de competencia resueltos y la publicación de informes anuales y de los criterios adoptados para resolver casos. Es ampliamente reconocido que tales acciones aumentan al mismo tiempo la transparencia de la gestión, la credibilidad y el poder de convencimiento de las autoridades de competencia.

Todas estas actividades contribuyen a establecer, lo que muchas veces es llamado la *cultura de competencia*, la cual puede caracterizarse mejor por el conocimiento por parte de los agentes económicos y del público en general de las reglas de competencia. De esa manera, todos los esfuerzos de las autoridades de competencia para aumentar esos conocimientos constituyen contribuciones positivas a la cultura de competencia.

Se ha sugerido muchas veces que en países en desarrollo y en transición, las autoridades de competencia deberían dar prioridad a la abogacía antes de involucrarse en exigir el cumplimiento estricto de la ley. Uno de los argumentos es que en esos países muchos activos del estado son privatizados o se encuentran en proceso de privatización, lo cual da lugar a un proceso intenso de diseño regulatorio, en el cual las autoridades de competencia juegan un importante papel. Una segunda razón es que la mayoría de esos países han pasado por un proceso de apertura comercial y de inversión, lo cual ha provocado el surgimiento de grupos de interés que presionan a las autoridades públicas a reinstalar los privilegios perdidos. Finalmente, se ha argumentado que para la aplicación de la ley de competencia se requiere de una resolución de casos de competencia

sumamente compleja para la cual las autoridades de competencia recientemente instaladas carecen la experiencia.

Por lo que se refiere al último argumento, se puede objetar que, aun cuando de hecho la resolución de casos de competencia requiere de capacidades de investigación y análisis avanzadas, para un desarrollo adecuado de las actividades de abogacía también es necesario disponer de capacidades avanzadas de análisis y de conocimientos especializados. Aunque se pueden aprovechar las experiencias de los países desarrollados en este campo, sus experiencias con reformas regulatorias del tipo que se requieren en países en desarrollo y en transición, son mucho más recientes que sus experiencias en la aplicación de sus leyes. Además, es generalmente aceptado - y esto se confirma en los resultados de la encuesta - que la aplicación de la ley y la abogacía por la competencia no pueden ser consideradas como actividades totalmente independientes. Al contrario, hay una interacción importante y se refuerzan mutuamente. La aplicación de la ley se beneficia con una abogacía activa y la abogacía es menos efectiva en ausencia de facultades para exigir el cumplimiento de la ley o cuando no hay credibilidad en su aplicación. Es decir, la aplicación y la abogacía van de la mano.

Finalmente, es importante mencionar que durante mucho tiempo la abogacía por la competencia ha sido una actividad poco importante en comparación con la de la aplicación de la ley. Aunque en jurisdicciones con una larga tradición en la aplicación de sus leyes de competencia se registran esfuerzos de abogacía por parte de las autoridades de competencia desde los años 1920's, es hasta los 1970's cuando hubo un interés renovado en la abogacía. En otras jurisdicciones el interés en la abogacía nació aun más tarde. Evidentemente, las autoridades recién instaladas pueden y deben sacar provecho de estas experiencias y asumir el papel de abogacía desde el inicio de su gestión.

3. La abogacía por la competencia vista por los países miembros de la RICE: resultados de la encuesta

Antes de presentar un resumen de los resultados de la encuesta, debe de notarse que algunas de las preguntas requerían reportar variables que difícilmente pueden ser medidas de manera objetiva. Por ejemplo, ¿qué se entiende por la fuerza de la cultura de la competencia o por efectividad de la abogacía? Las respuestas dependen de la percepción del encargado de elaborarlas. Por lo tanto, al interpretar los resultados del cuestionario se debe de tomar en cuenta que dichas variables no reflejan una medición rigurosa, sino la percepción subjetiva de quien responde.

Las autoridades de competencia

Actualmente hay casi cien autoridades de competencia en el mundo encargadas de aplicar algún tipo de legislación de competencia. Más de la mitad de ellas se establecieron durante la última década del siglo XX. Estos organismos de

competencia difieren en casi todos los aspectos, como son la organización institucional, el régimen de competencia que aplican, su estructura organizativa, el grado de autonomía al tomar decisiones, etc. Esto hace difícil su comparación y que existan soluciones uniformes para los problemas que enfrentan.

En la mitad de los países encuestados un solo organismo está a cargo tanto de investigar como de sancionar las prácticas anticompetitivas. En otros, el papel de la autoridad de competencia se limita a la investigación, particularmente cuando se trata de una división especializada perteneciente a una Secretaría de Estado. En esos países el sistema judicial es el encargado de adjudicar los casos, sea a través de un tribunal especializado en competencia o mediante cortes comunes. En la mayoría de los países el sistema judicial funciona de alguna manera como instancia de apelación.

Dependiendo del marco institucional, los titulares de los organismos de competencia son designados por el Presidente, Primer Ministro, a veces por el Consejo de Ministros, con o sin aprobación del Congreso, o por la autoridad tutelar de la agencia de competencia. En la mayor parte de los casos, la designación es por un período fijo que varía entre 2 y 12 años. La autoridad de competencia puede tener una estructura de órgano colegiado o no. La estructura colegiada es más común en las instituciones que están facultadas para la resolución mientras que la estructura no colegiada corresponde en la mayoría de los casos a autoridades que sólo están investidas con facultades para investigar.

Evidentemente, el marco institucional y la estructura de las autoridades de competencia influyen directamente en la manera en que las autoridades aplican la ley en contra de las prácticas anticompetitivas. No obstante, las respuestas al cuestionario no permiten inferir cómo se relacionan los aspectos institucionales y/o estructurales con las actividades de abogacía y, en dado caso, cuál es el marco más propicio para dichas actividades.

Autonomía

Es difícil definir el grado de independencia de una autoridad de competencia. Más aun, la independencia puede ser interpretada en términos legales, políticos, económicos y de hechos reales. ¿Cuán independiente es una institución que tiene que pugar cada año para obtener los fondos necesarios para desempeñar sus funciones? En el otro extremo, incluso en ausencia de una autonomía formal (por ejemplo, cuando la autoridad está integrada dentro de un Ministerio de tal manera que sus decisiones pueden ser objetadas por el Ministro) la autoridad puede aplicar exitosamente su política de competencia si se respeta su toma de decisiones dentro de un ambiente de transparencia y rendición de cuentas.

Con relación a la independencia presupuestal las autoridades reportan una gran variedad de mecanismos de asignación de recursos. En muchos casos, su presupuesto es parte de un Ministerio, pero identificado bajo un rubro separado. En otras ocasiones, el presupuesto de la autoridad de competencia aparece como

un rubro separado del presupuesto gubernamental aprobado por el Congreso. Cuatro países reportaron incluso un mecanismo de autofinanciamiento, a través de la recolección de cierto porcentaje de las multas impuestas.

Generalmente, las respuestas consideran que la autonomía de la institución es importante para proteger sus decisiones de intervenciones externas. Sin embargo, esta autonomía parece ser más significativa con relación a la aplicación de la ley, que para los esfuerzos de abogacía, comúnmente dirigidos a influir en procesos en los cuales la última decisión es tomada por otras autoridades. Por lo tanto, es más probable que las intervenciones externas en estos procesos se dirijan a la autoridad competente para tomar decisiones y no al ente que aboga por cierta posición.

Un pre-requisito importante para que la abogacía por la competencia sea efectiva, es que se informe oportunamente a las autoridades de competencia acerca de iniciativas en la regulación. Esta opinión es respaldada por varias instituciones que expresan su inconformidad por ser informadas de manera tardía, dentro del proceso de consulta, incluso cuando ya las decisiones importantes han sido tomadas. En dichos casos, alguna forma de integración de la autoridad de competencia en la estructura gubernamental podría coadyuvar a garantizar un acceso oportuno a la información relevante.

Otro punto se refiere a si las autoridades de competencia están facultadas para realizar actividades de abogacía bajo su propia iniciativa. Algunas instituciones se quejaron de que sólo pueden elaborar estudios o realizar recomendaciones a petición del Ministerio al que están adscritos y que no están facultados para decidir si hacen público el contenido de sus informes o para ejercer presión a fin de que sus recomendaciones sean tomadas en cuenta.

La mayoría de las instituciones encuestadas consideraron que las autoridades de competencia deberían tener facultades suficientes para asesorar a otros organismos públicos con relación a sus programas legislativos o de regulación, tanto ex officio como a petición de parte, así como para emitir comentarios acerca de las restricciones impuestas a la competencia por cualquier ley, ordenamiento jurídico o administrativo.

Representación institucional en el gobierno

En ciertos países, el titular de la autoridad de competencia tiene representación en el gabinete de Gobierno. Se considera que esto implica una doble ventaja. En primer lugar, el representante de la autoridad de competencia está en posición para influir en el resultado final de los proyectos de reforma legislativa o regulatoria. En segundo, es más probable que el organismo sea informado oportunamente sobre la elaboración de nuevas iniciativas políticas.

En el otro extremo, existen autoridades que no tienen ningún acceso directo al Gobierno. Típicamente, por lo menos en la mayoría de los casos, se trata de las

autoridades que son relativamente independientes del gobierno. En ciertas circunstancias, dicha posición puede debilitar los esfuerzos por abogar, ya que resulta difícil difundir el mensaje a los encargados de tomar decisiones de política durante la elaboración de los nuevos proyectos. Más aun, la autoridad puede estar en una posición de desventaja en términos de obtener información oportuna y completa acerca de los proyectos de reforma.

No obstante, en la mayoría de los casos, la autoridad de competencia cuenta con representación parcial en el gobierno. Por un lado, la autoridad puede participar ocasionalmente en reuniones gubernamentales, por ejemplo mediante una invitación para expresar su opinión respecto a un proyecto específico. Por el otro, puede ocurrir que una institución “tutelar” y no la propia autoridad de competencia, se encargue de remitir los asuntos de competencia a los Ministros. Dicha institución es comúnmente la dependencia a la cual está adscrita la autoridad de competencia. Finalmente, la incorporación del organismo de competencia en el gobierno puede ocurrir a niveles inferiores al Consejo de Ministros, por ejemplo en grupos de trabajo interdepartamentales. Tales grupos pueden estar organizados de manera ad-hoc o constituidos dentro de una estructura permanente, y son vistos como una herramienta útil para abogar por cuestiones de competencia de manera temprana en la elaboración de nuevos proyectos.

El diseño de la abogacía en el proceso de regulación

En general se considera que la participación en procedimientos legislativos o de regulación es el componente más importante de la abogacía por la competencia, debido a su impacto directo sobre el marco normativo bajo el cual operan las fuerzas del mercado. Su influencia es más evidente que la de otras tareas de abogacía de más largo plazo como la concientización. La participación en el proceso de regulación puede ocurrir de varias maneras. Enseguida se describen factores claves que pueden determinar la efectividad de la abogacía por la competencia en este campo y se presentan los resultados reportados por las autoridades encuestadas.

Como se mencionó anteriormente, por lo general se considera que la oportunidad de la consulta es de mayor importancia. Mucho depende de si la consulta a la autoridad de competencia se realiza en un momento en el que todavía hay considerable oportunidad para recibir retroalimentación. Afortunadamente, una proporción significativa de las autoridades reportan que son consultadas de manera temprana. Típicamente esto conduce a una asociación cercana entre la autoridad de competencia y el proceso de reforma.

Un segundo elemento a considerar es si el procedimiento de consulta a la autoridad de competencia está establecido en la ley o si es discrecional. Sólo en algunos casos la consulta es obligatoria, y los resultados son alentadores. Normalmente dicha consulta obligatoria se limita a ciertos aspectos específicos y no es de aplicación general. Tratándose de consultas discrecionales es importante

la medida en que se ejerce en la práctica. Las respuestas al cuestionario aportan poca información al respecto.

Otro aspecto que hay que tomar en cuenta es, si las opiniones emitidas por la autoridad de competencia a raíz de una consulta son vinculativas para el encargado de implementar la política. Algunos organismos de competencia no están conformes con la naturaleza no vinculativa de sus opiniones. Evidentemente, si las opiniones fueran vinculativas el impacto de la abogacía por la competencia sería enorme. No parece razonable, sin embargo, otorgar poderes tan amplios a las autoridades de competencia, particularmente porque no tienen un mandato democrático tan directo como el Gobierno o el Parlamento.

Algunos organismos de competencia han mencionado que su papel de abogacía se vería reforzado si los legisladores estuvieran obligados a explicar las razones por las cuales no adoptan las recomendaciones de la autoridad de competencia. En ausencia de reglas específicas sobre los procedimientos de consulta, muchos organismos expresaron la conveniencia de contar con alguna salvaguarda o formalización del proceso de consulta. Este anhelo es menos pronunciado en regímenes de competencia maduros en los que la consulta parece funcionar de manera satisfactoria.

Una pregunta importante relacionada con la transparencia de la abogacía en el proceso de regulación, es si las iniciativas de abogacía se hacen públicas. Aun cuando se reconocen ampliamente los beneficios de hacer del conocimiento público la postura de la autoridad de competencia, el grado en que esto se realiza varía mucho en la práctica. Algunos organismos publican todas sus iniciativas de abogacía, principalmente a través de sus páginas de internet, comunicados de prensa o boletines, mientras que otros sólo publican perspectivas generales, por ejemplo en informes anuales. Es más, en muchos países existe cierta resistencia a publicar las opiniones acerca de los proyectos de reforma que todavía están en dominio del Gobierno y no han sido dados a conocer para el debate público.

Abogacía ante reguladores sectoriales

La necesidad de abogar por la competencia en la regulación sectorial surge por el impacto que con frecuencia, dicha regulación ejerce sobre la competencia en los sectores regulados. Más aun, en cierto número de países dichos sectores están exentos de la ley de competencia, lo que hace incluso más urgente la necesidad de que la autoridad de competencia sea escuchada. La mayoría de los organismos encuestados expresaron que sus esfuerzos serían probablemente más efectivos si se eliminaran dichas exenciones.

El vínculo entre la autoridad de competencia y el marco regulatorio de sectores específicos se da a dos niveles. En primer lugar, la autoridad de competencia puede buscar influir en las reglas que gobiernan la actividad del sector regulado, particularmente asegurando que los asuntos de política de competencia sean

tomados en cuenta en el momento en que se establece o reforma el sistema regulatorio. En segundo lugar, la abogacía puede darse a nivel de instrumentación. Muchas respuestas indicaron que básicamente colaboran de manera informal.

Para muchas autoridades de competencia, adquirir una base suficiente de conocimiento de los sectores regulados significaría un cambio real. Estos sectores a veces plantean problemas de competencia complejos y únicos. Una herramienta útil para lograrlo es organizar intercambios de personal entre las autoridades reguladoras y la de competencia, que no sólo incrementen el conocimiento del sector específico, sino que también coadyuven al desarrollo de una comprensión común de los problemas que enfrentan ambos organismos.

Sectores objetivo de la abogacía

La cobertura sectorial de la abogacía por la competencia varía entre países, pero la mayoría de los esfuerzos han apuntado hacia los servicios públicos, ya sean privatizados, parcialmente privatizados o en proceso de apertura a la competencia. Los sectores mencionados con más frecuencia por los miembros de la RICE son telecomunicaciones, energía, transporte, servicios profesionales, servicios financieros y postales. Otras áreas mencionadas son la distribución, los productos farmacéuticos, el comercio internacional, las normas y los derechos de propiedad intelectual.

Evidentemente el éxito de las iniciativas de abogacía varía de caso a caso. Sin embargo, los países que respondieron reportan éxitos en la intervención en aproximadamente los mismos sectores. En orden de importancia mencionan los siguientes: telecomunicaciones, electricidad, transporte y servicios financieros.

Cultura de competencia

En la percepción de los países encuestados, la cultura de competencia se relaciona estrechamente con la edad de la economía de mercado y por lo tanto, en la mayor parte de los casos, con la experiencia de la autoridad de competencia. Como la mayoría de los países en desarrollo y en transición cuentan con regímenes de competencia relativamente jóvenes, esto implica que dichos países tienden a percibir una cultura de competencia más débil que los países más desarrollados.

Algunas de las razones que mencionan para explicar una cultura fuerte son: la participación del organismo de competencia en los procesos de reforma regulatoria y de privatización, una larga experiencia en política de competencia, cobertura importante de los medios sobre la resolución de casos, la existencia de tribunales especializados en competencia, interacción con universidades, publicación de decisiones, de estudios de casos y el liderazgo personal del titular de la autoridad de competencia. Las razones que esgrimen para una cultura de competencia débil son: una legislación de competencia reciente, falta de

experiencia de los tribunales, falta de aceptación de los principios de competencia por autoridades y agentes económicos y políticas económicas intervencionistas, entre otras.

Respecto a las herramientas para promover la cultura de competencia, los países sugirieron una diversidad de instrumentos: los medios oficiales (informes anuales, Diario Oficial, lineamientos), los medios masivos (sitios de internet, comunicados de prensa, radio y televisión), medios selectos (seminarios y talleres, reuniones empresariales, artículos en revistas) y estudios en general (boletines, documentos de discusión, encuestas, grupos de estudio).

Actitudes hacia la Abogacía por la Competencia

La abogacía por la competencia y la política de competencia en general, tienen diversos grados de aceptación por los diferentes sectores. Algunos grupos de la sociedad la apoyan, otros se oponen fuertemente. Dentro de los grupos tampoco existe consenso. Algunos están a favor, otros en contra y muchos son neutrales.

Según las percepciones de quienes respondieron el cuestionario, el apoyo más fuerte proviene de la comunidad académica, las asociaciones de consumidores, los medios y las organizaciones no gubernamentales. Existen también muchos aliados entre los legisladores y los partidos políticos, en las asociaciones empresariales y profesionales, en los gobiernos regionales y aún en los sindicatos. Sin embargo, en estos sectores las opiniones están más divididas. En particular, se reportó que existe una fuerte oposición en las asociaciones empresariales, en los gobiernos regionales y en los sindicatos.

Interacciones entre Aplicación y Abogacía

La mayoría de quienes respondieron coinciden que las actividades de aplicación y abogacía están interrelacionadas, y que una adecuada aplicación de la ley de competencia y una amplia difusión de las decisiones en la aplicación contribuyen a la credibilidad y relevancia de las actividades de abogacía. Sólo pocas agencias consideran que no existe interacción entre las dos o que debieran ser consideradas como alternativas. También se afirma que la abogacía fomenta las actividades de aplicación, ya que al aumentar el conocimiento sobre competencia facilita la presentación de demandas de conductas anticompetitivas y hace que las autoridades regulatorias sean más receptivas a los problemas de competencia.

Importancia de la Abogacía dentro de las Agencias

La mayoría de las agencias no tienen datos precisos de cuánto personal está involucrado en el trabajo de abogacía y qué porcentaje de su presupuesto se le asigna. Esto se debe principalmente a que la abogacía va de la mano con la aplicación y a que se encuentra dispersa entre muchos departamentos y divisiones de las autoridades, tales como divisiones de aplicación, económicas, de

asuntos internacionales y oficinas de prensa. Además, no siempre es fácil hacer una línea de separación clara entre las actividades de aplicación y abogacía.

Como promedio, las agencias reportan ocupar 32% de su personal en actividades de abogacía, pero este porcentaje varía sustancialmente, desde agencias que reportan menos de 10% a otras que mencionan que 100% de su personal se encuentra involucrado. Probablemente estas variaciones tan amplias reflejan también diferencias en la forma en que las agencias perciben realmente a la abogacía.

De manera similar, la mayoría de las agencias expresaron dificultades para determinar el porcentaje del presupuesto dedicado a actividades de abogacía, en virtud de que no realizan la distinción estadística entre abogacía y aplicación. Aquellos países que fueron capaces de identificar los recursos dedicados a abogacía reportaron porcentajes de hasta 30%. Casi un tercio de ellos reportaron entre 20 y 30%; el resto menos de 20%.

Mejorando la Abogacía

La mayoría de las agencias coinciden en que la falta de recursos, tanto materiales como de personal experto, es un importante factor que limita sus actividades de abogacía y por lo tanto sugieren presupuestos mayores. Sin embargo, tales sugerencias únicamente parecen realistas si las autoridades de competencia tienen fuertes argumentos sobre un probable incremento significativo en su carga de trabajo y que dicho incremento no puede ser satisfecho mediante un ahorro interno en costos. Para fundamentar los argumentos es deseable tener una clara distinción entre aplicación y abogacía en las cuentas internas de la autoridad. Incluso se ha sugerido que la aplicación y la abogacía podrían ser separadas en diferentes departamentos. Sin embargo, con esta solución muchas sinergias entre aplicación y abogacía pueden perderse.

A continuación se presentan algunas sugerencias de quienes respondieron el cuestionario, para mejorar la abogacía por la competencia:

- la promulgación de leyes de competencia garantiza una mayor autonomía a las autoridades de competencia.
- establecer mecanismos de consulta obligatoria a la autoridad de competencia en los procedimientos legislativos y regulatorios.
- mejorar la transparencia de los procedimientos de consulta y obligar a las autoridades públicas que deciden no seguir las recomendaciones de la autoridad de competencia a justificar su decisión y eventualmente elevar la controversia a una disputa ante el nivel político del gobierno.
- difundir los beneficios de la competencia tanto en agencias de gobierno como en grupos privados.

- promover aspectos relacionados con la competencia a través de sitios en Internet y oficinas de prensa.

Dimensión Internacional de la Abogacía

Muchas agencias recibieron apoyo de organizaciones internacionales o de otras jurisdicciones para su trabajo de abogacía. Dicho apoyo se otorga como asistencia técnica, estudios de asesoría, programas de entrenamiento, seminarios y reuniones con expertos, entre otros. La organización mencionada con mayor frecuencia es la OCDE, la segunda es la Comisión Europea particularmente por países miembros y aspirantes. Otras organizaciones internacionales involucradas en la promoción de la abogacía son: UNCTAD, APEC, WTO y RICE.

Varios países mencionaron haber recibido apoyo de las autoridades de competencia de otras jurisdicciones o asistencia en la estructura de acuerdos de cooperación bilateral, aun cuando tales acuerdos se refieren en gran medida a actividades de aplicación y no tienen disposiciones especiales relacionadas con abogacía.

4. Conclusiones del estudio

Las principales conclusiones son:

- Una amplia mayoría de las autoridades de competencia reportaron que la abogacía juega un papel importante para el gobierno, la comunidad de negocios, así como para el público en general, en el tratamiento de restricciones a la competencia.
- La autonomía de las autoridades de competencia es generalmente considerada importante para mantener la efectividad de la abogacía por la competencia.
- Las autoridades de competencia consideran que la participación en los procesos legislativos y regulatorios es el componente más importante de la abogacía por la competencia. Se considera que una consulta sistemática y temprana, posiblemente contemplada en la ley, produce los mejores resultados y podría aplicarse también a los procesos de privatización.
- La transparencia aumenta la efectividad de la abogacía al crear respaldo social. La credibilidad y la neutralidad política de las autoridades de competencia también se consideraron importantes para aceptar sus recomendaciones u opiniones.
- Los países desarrollados con una fuerte cultura de competencia mantienen sus esfuerzos de abogacía a través de selectos medios de comunicación y estudios, mientras que para los países en desarrollo con una cultura de competencia más débil, la primera opción son los medios masivos.

- Se encontraron pocas pero relevantes diferencias entre los países desarrollados y en desarrollo. El nivel de la cultura de competencia es probablemente el más importante. Sorprendentemente, no existen diferencias significantes reportadas entre los países desarrollados y en desarrollo respecto de la función de la abogacía.
- Recursos adicionales permitirían a las autoridades de competencia fortalecer la abogacía por la competencia. Por otra parte, muchos países en transición y en desarrollo reportaron la necesidad de adquirir mayor conocimiento técnico sobre los sectores regulados.
- Respecto de la cooperación internacional, se deben establecer objetivos claros para intensificar la asistencia técnica. Se recomienda el intercambio de conocimientos técnicos mediante la asistencia en el estudio de casos o en la aplicación de la ley.

1 INTRODUCCIÓN

La Red Internacional de Competencia Económica (RICE) es una iniciativa orientada al desarrollo de proyectos. Su Grupo Directivo decidió desarrollar un estudio sobre abogacía por la competencia con el propósito de analizar su relevancia en el fomento de mercados competitivos para aumentar la eficiencia económica y promover el bienestar social y económico. Con este propósito se creó el Grupo de Trabajo de Abogacía (GTA) con el mandato de emprender proyectos con la visión de recomendar mejores prácticas de competencia a los miembros de la RICE, y proveerlos de información que apoye sus actividades de abogacía.

El Presidente de la Comisión Federal de Competencia de México, Fernando Sánchez Ugarte, encabeza el GTA. Este grupo consta de trece autoridades de competencia de cuatro continentes diferentes, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Conferencia de las Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y dos asociaciones civiles internacionales, la Unidad del Consumidor y Sociedad de Comercio (CUTS) y la Cámara Internacional de Comercio. El grupo cuenta también con el apoyo del Grupo Consultor de Derecho y Economía (LECG) y la Barra de Abogados de los Estados Unidos (ABA).

El primer proyecto emprendido por el GTA consiste en desarrollar un Informe sobre abogacía, revisando varios aspectos importantes sobre el tema y presentando los resultados de un cuestionario sobre abogacía por la competencia a ser aplicado entre los miembros de la RICE. Esta información será presentada y discutida en la Primera Conferencia Anual de la RICE. Se espera que el Informe contribuya al entendimiento de cómo la abogacía por la competencia es implementada por los países miembros de la RICE. El Informe también establecerá las bases para la identificación eventual de las prácticas más exitosas en diversos contextos.

Sobre estas bases, se previó que en el mediano plazo se obtendrían conclusiones y se emitirían recomendaciones para mejorar la efectividad de la abogacía por la competencia y promover la convergencia de intereses y políticas entre las autoridades de competencia. Se tomará el debido cuidado de los diferentes contextos legales, políticos y económicos, dentro de los cuales los esfuerzos de abogacía por la competencia se desarrollan en las diferentes jurisdicciones. Por lo tanto, en esta primera etapa de las discusiones, es difícil que se obtengan recomendaciones que apliquen a todos por igual.

El presente Informe es el resultado del primer proyecto del GTA, y presenta un resumen de las respuestas al cuestionario que se compone de cuatro secciones: la primera es una introducción; la segunda sección expone un marco conceptual para la abogacía por la competencia; la tercera constituye el cuerpo principal del informe presentando los resultados del cuestionario, y una cuarta y última sección integrada por conclusiones y recomendaciones.

La abogacía por la competencia se encuentra muy relacionada a las funciones de difusión llevada a cabo por las autoridades para promover un entorno de libre competencia entre las agencias de gobierno, legisladores y tribunales, así como entre asociaciones empresariales y de consumidores, académicos y la sociedad en su conjunto. La encuesta tenía como objetivos:

- a) identificar las fortalezas y debilidades institucionales del papel de la abogacía que desempeñan las autoridades de competencia
- b) comprender la relación entre autoridades de competencia y los hacedores de política, así como con los tribunales y cuerpos legislativos
- c) proporcionar algún indicio de cómo dirigen las autoridades de competencia en sus programas de abogacía y evalúan su efectividad
- d) desarrollar recomendaciones para mejorar la abogacía de los países miembros de la RICE.

Actualmente hay aproximadamente 100 países que tienen leyes de competencia y una organización especializada para su aplicación. La RICE reúne a más del 63% de esas agencias, teniendo así una importante representación de autoridades de todos los países. El cuestionario se envió a los 64 países miembros, en marzo de 2002. Cincuenta y tres autoridades de 50 países respondieron el cuestionario.¹ La participación de una parte importante de los miembros mejora los resultados de este estudio práctico, el cual puede ser mejorado mediante una contribución más intensa de los miembros de la RICE.

Las respuestas recibidas se incluyeron en una base de datos que fue procesada para generar estadísticas, la cual posibilitó la identificación de las tendencias más importantes en el papel de abogacía de las autoridades de competencia. Además, las observaciones de las respuestas de los miembros también se incorporaron, a fin de ofrecer ejemplos de las situaciones que imperan en las distintas jurisdicciones. Esta información constituye el insumo básico para el Informe y puede ser consultado por los miembros en la página de Internet de la RICE.²

El Cuestionario sobre Abogacía por la Competencia comprende 44 preguntas, distribuidas en 7 secciones:³

- a) La Autoridad de Competencia

¹ La lista de los encuestados que respondieron el cuestionario se presenta en el Anexo II. Bélgica y Rumania enviaron contribuciones separadas por cada una de sus autoridades, en tanto que los Estados Unidos enviaron una sola respuesta de sus dos agencias.

² <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>

³ El texto completo del cuestionario se presenta en el Anexo I.

- b) Abogacía General
- c) Abogacía en los Marcos Regulatorio y Legal
- d) Abogacía en Sectores Específicos
- e) Dimensión Internacional de la Abogacía
- f) El Equipo de Abogacía en la Autoridad de Competencia
- g) Mejorando el Papel de Abogacía de la Autoridad de Competencia

La mayoría de las preguntas son abiertas con el fin de permitir a las autoridades de competencia explicar ampliamente sus actividades de abogacía y expresen sus opiniones. Muy pocas preguntas de opción múltiple fueron diseñadas para simplificar las respuestas.

Las respuestas enviadas por los miembros de la RICE también se dividieron en dos categorías utilizando la clasificación de desarrollo de la UNCTAD.⁴ El propósito del ejercicio era identificar las diferencias más importantes entre el papel de abogacía de las autoridades de competencia en los países desarrollados y en desarrollo. Naciones que anteriormente eran socialistas (países en transición) fueron incluidos como países en desarrollo.

Es de mencionar el trabajo de Alberto Heimler y Georg Roebing, quienes contribuyeron con aportaciones esenciales para la preparación del Informe. Los comentarios de Chris Martín, Chris West, Shyam Khemani, Mark Schechter, Kirtikumar Mehta, William Kovacic, Paul Karlsson, integrantes del personal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Nitya Nanda, DGC-CRF (Francia), Victoria Steeples y el ICC, enriquecieron el contenido de este estudio. El GTA agradece también las contribuciones de las agencias de competencia de Japón, Francia y Canadá.

Se creó un equipo especializado dentro de la Comisión Federal de Competencia de México, cuyo propósito fue levantar la encuesta y atender los demás asuntos del GTA. Las ideas de los Comisionados Pascual García Alba, Adalberto García Rocha y Fernando Heftye merecen especial reconocimiento, así como el trabajo coordinado por el Presidente Fernando Sánchez Ugarte para el procesamiento de la información y para la investigación conceptual sobre Abogacía, emprendido por Adriaan Ten Kate, Manuel Sandoval, Rebeca Escobar, Justino Núñez, Renato Guerrero, Antonio González Quirasco, Mónica Zegarra, Lorena Padilla y Georgina Santiago.

Muy importante fue la contribución entusiasta de los miembros de la RICE, quienes proporcionaron la información esencial para el Informe a través de

⁴ La clasificación de la UNCTAD se puede consultar en: <http://un.org>

detalladas respuestas al cuestionario, así como el apoyo recibido del Grupo Directivo Interino y particularmente de su Presidente, Konrad von Finckenstein.

2 ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA: UN MARCO CONCEPTUAL

2.1 Abogacía por la Competencia: Definición

Para propósitos del presente reporte, se adoptó la siguiente definición de abogacía por la competencia:

Abogacía por la competencia se refiere a aquellas actividades realizadas por la autoridad de competencia, relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas a través de mecanismos distintos a los de exigir el cumplimiento de la ley, principalmente mediante sus relaciones con otras entidades gubernamentales y para aumentar la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia⁵.

La primera parte de esta definición define abogacía por la competencia en términos de lo que no es. Abogacía es casi todo excepto aplicación de la ley. Sin embargo, no siempre es claro qué es exactamente aplicación de la ley, y esto puede ser diferente de una jurisdicción a otra. En la mayoría de las jurisdicciones más antiguas, la ley de competencia aplica exclusivamente a los agentes económicos privados, pero en varias jurisdicciones recientes de las economías en desarrollo o en transición, las autoridades de competencia afirman que su ley se aplica también a las autoridades públicas, entre ellas los reguladores. De ser este el caso, al menos parte de lo que hemos considerado abogacía llega a ser aplicación de la ley⁶.

En la parte final de la definición se identifican las dos ramas principales de la abogacía por la competencia. La primera comprende acciones a iniciativa de la autoridad de competencia, dirigidas a otras entidades públicas, a fin de influir en el marco regulatorio y su implementación de forma favorable a la competencia. La segunda cubre todas las actividades de la autoridades de competencia dirigidas a incrementar la conciencia de los agentes económicos, las autoridades públicas y el público en general sobre los beneficios de la competencia para la sociedad en su conjunto y sobre el papel que la política de competencia puede jugar en la promoción y protección de la competencia.

⁵ Definición adoptada por el GTA para propósitos de este estudio.

⁶ Véase por ejemplo Kovacic (1997). "Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No.2, pp.403. Kovacic recomienda que las nuevas autoridades de competencia de las economías en transición inicien sus actividades de aplicación de la ley abogando por la eliminación de barreras a la entrada, entre otros aspectos. En nuestra terminología, esto sería abogacía, no aplicación de la ley.

La división de la política de competencia en aplicación de la ley, por una parte, y abogacía, por la otra, permite ejercer influencia en la regulación y aumentar la conciencia, se presenta esquemáticamente, aunque en forma simplificada, en la siguiente gráfica.

Gráfica 1. Política de Competencia: Aplicación de la ley y Abogacía



2.2. Competencia y Regulación

El principal objetivo de la política de competencia es promover y proteger la libre competencia y la apertura de mercados, generalmente aceptados como los principios rectores de la economía de mercado moderna. En mercados con un número suficiente de competidores (o competidores potenciales) y en un escenario estático, se supone que la libre competencia conduce a bajos precios para los consumidores, al uso eficiente de los recursos por parte de los productores y a la maximización del bienestar social. Además de esto, en un escenario dinámico, el proceso de competencia induce la innovación tecnológica, mejora la calidad de los productos, provoca una diferenciación de productos más amplia y aumentos en la eficiencia productiva.

Sin embargo, existe una variedad de factores intrínsecos que limitan el alcance del mecanismo de mercado de libre competencia. Algunos de ellos son de naturaleza institucional es decir, los mercados necesitan instituciones fuertes para funcionar

adecuadamente.⁷ Otros se refieren a información incompleta ó asimétrica de productores y consumidores. Aún otras fallas de mercado están relacionadas con una concentración excesiva de poder de mercado y externalidades. Por último pero no menos importante, es el hecho de que algunos mercados pueden en ausencia de intervención, fallar en proporcionar niveles mínimos en servicios considerados de interés público.

Un ejemplo de asimetrías en la información sucede cuando, los productores están mejor informados que los consumidores respecto de la calidad de sus productos y del riesgo de consumirlos. En tales circunstancias la imposición de normas de calidad y seguridad puede estar justificada aún cuando esto interfiera en el mecanismo de libre mercado y pueda limitar la competencia en cierto grado.

Una concentración excesiva con poder de mercado o sea, uno o sólo pocos oferentes en el mercado, puede ser causada ya sea por el comportamiento de los oferentes o ser el resultado de características estructurales de la oferta y la demanda. Si la causa de la concentración de mercado es una conducta anticompetitiva, como prácticas de exclusión o concentraciones anticompetitivas y acuerdos entre competidores, la respuesta apropiada parece ser la aplicación de la ley de competencia que prohíbe tales conductas. Si, por otra parte, la concentración de mercado se deriva de la estructura de costos de la oferta, por ejemplo importantes economías de escala, la situación es diferente. Bajo tales circunstancias, el número óptimo de empresas en un mercado puede ser sólo una, de tal forma que la libre competencia conduciría a la supervivencia de una sola empresa; es decir, la competencia tiende a destruirse a sí misma y protegerla sería una estrategia destinada al fracaso. En tales casos, es generalmente admitido que la ley y no la política de competencia debe disciplinar a los participantes en el mercado.

Otra situación es cuando existen factores externos, o sea cuando las acciones de algunos agentes económicos en el mercado causan efectos positivos o negativos a los otros agentes, los cuales no son o no pueden ser compensados apropiadamente mediante pagos. En ese caso la libre competencia es perfectamente factible, pero no conduce a resultados sociales óptimos. En tales casos, la intervención regulatoria también puede ser justificada. Dicha intervención puede tomar diversas formas, por una parte, la intervención regulatoria puede ser diseñada de tal forma que simula un mercado de libre competencia, o sea estableciendo a los entes regulados, precios, estándares de calidad y obligaciones en la oferta, entre otros aspectos. Por otra parte, la regulación puede simplemente intentar que se internalicen los factores externos mediante la implementación de esquemas de compensación entre los agentes económicos involucrados. El segundo tipo de regulación es comúnmente más favorable a la competencia.

⁷ Banco Mundial (2002), *Building Institutions for Markets*, World Development Report (2000), Oxford University Press, New York.

En mercados que por sí mismos son incapaces de proveer servicios a amplios segmentos de la población, la provisión de dicho servicio universal se considera de interés público, la intervención regulatoria, a menudo en la forma de otorgar derechos de exclusividad a cambio del compromiso de ofrecer niveles mínimos de servicio o mediante el subsidio para la provisión de ese servicio a clases de la población que de otra forma no serían atendidas, puede también ser necesario.

A pesar de la necesidad de sujetar ciertos sectores a la regulación, se debe reconocer que desde un punto de vista organizacional, la competencia mejor que la regulación como una guía en el proceso de toma de decisiones económicas. La competencia tiene la ventaja de ser un mecanismo descentralizado, que no requiere que la información se concentre en los niveles más altos de toma de decisiones. Cada agente económico decide por sí mismo con base en la información a la cual tiene acceso. En contraste, cuando hay legislación el regulador decide lo que la compañía regulada debe hacer para el bienestar de la sociedad. Al hacerlo adecuadamente, el regulador debe tener información respecto de lo que la compañía regulada es capaz (estructura de costos, estado de la tecnología, etc.) y lo que la sociedad quiere (preferencias del consumidor). Rara vez el regulador posee toda esa información (ni una aproximación de ella) y depende en gran medida de la compañía regulada para adquirirla. Sin embargo, la compañía regulada que maximiza utilidades tiene incentivos para otorgar información sesgada.

Un ejemplo de cómo pueden los agentes económicos intentar abusar del marco regulatorio una vez que está en vigor, es cuando tales agentes forman grupos de interés para cabildear con las autoridades del gobierno pertinentes, la imposición de medidas regulatorias anticompetitivas en su propio beneficio, pero comúnmente en detrimento de la sociedad, particularmente de los consumidores. Algunos ejemplos de esto último son: sindicatos de taxistas que cabildean con las autoridades municipales por limitar el número de permisos; asociaciones comerciales que mediante la imposición de normas de seguridad obligatorias que son difíciles de ser cumplidas por los nuevos competidores u oferentes externos.

Además de los efectos negativos causados a la sociedad, dichas conductas pueden llevar a un desperdicio sustancial de recursos escasos por el comportamiento de búsqueda de rentas por parte de los miembros de los grupos de interés.⁸ Al mismo tiempo, esto puede resultar en una *captura regulatoria* de las autoridades públicas involucradas, perdiendo de vista el interés público y protegiendo los privilegios de las empresas establecidas.⁹ Evidentemente, al hacer apropiadamente su trabajo las autoridades públicas resistirían tales presiones. Existen ejemplos de reguladores públicos actuando en contra del comportamiento

⁸ Para una breve descripción del comportamiento de búsqueda de rentas véase Jean Tirole (2000), *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Eleventh Printing, pp. 76.

⁹ El concepto de captura regulatoria fue introducido por George Stigler y Sam Peltzman. Para una breve descripción véase Kip Viscusi, John Vernon and Joseph Harrington Jr. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Third Edition, pp. 317.

anticompetitivo de los operadores incumbentes o compañías públicas después de una apertura de mercado: el sector de telecomunicaciones ofrece buenos ejemplos al respecto.

Además, grupos de interés especiales, pueden ocasionalmente convencer a las autoridades públicas de la necesidad de imponer restricciones regulatorias (por ejemplo: barreras legales a la entrada) aún en mercados donde las economías de escala, los factores externos y otras fallas de mercado no son lo suficientemente fuertes para justificar tal intervención. Los sectores que frecuentemente se mencionan como ejemplos de dicha situación son el autotransporte de carga y el de servicios profesionales, entre otros. Esto puede ocurrir con relativa facilidad particularmente en situaciones donde los grupos de interés que se benefician de la regulación son más pequeños, y por lo tanto más fáciles de organizar, que los grupos afectados negativamente, que son usualmente los consumidores. En tales casos, existe una buena razón para desregular.

Por las razones antes mencionadas, es importante limitar el uso de regulación a lo que resulte estrictamente necesario. Cuando las economías de escala, factores externos y otras fallas de mercado son tan fuertes que la competencia no puede hacer el trabajo, la regulación es imprescindible, pero cuando dichas imperfecciones de mercado están presentes pero no causan muchos problemas, se puede preguntar qué es peor: vivir con ellas o adoptar una regulación que sufra de sus propias imperfecciones.

El problema es que no es claro donde trazar la línea entre cuándo es necesaria la regulación y cuando no. En sectores tradicionalmente regulados como transporte y servicios profesionales, la necesidad de regulación ha sido criticada en forma creciente. De igual forma, los servicios públicos fueron considerados por mucho tiempo como materia exclusiva para la regulación o la propiedad estatal, pero en la década de los 70's esta posición se abandonó. Desde entonces, los servicios públicos se han abierto progresivamente a la competencia, muchas veces segmento por segmento, dejando a la regulación un área medular de infraestructura cada día más reducida, cuya duplicación es costosa. Esto también implica problemas particulares con respecto a la integración vertical. ¿Se debe permitir a las compañías incumbentes que poseen la infraestructura principal para operar también en los segmentos liberados? ¿Las eficiencias asociadas con la integración vertical compensan el daño a la competencia en esos mercados?

Una dificultad adicional es que la línea que separa la regulación y la competencia se mueve constantemente. Los desarrollos tecnológicos pueden eliminar o debilitar las economías de escala donde suelen ser fuertes, de tal forma que la competencia sea factible donde antes no lo era.¹⁰ Similarmente, la tecnología puede debilitar los eslabones en las cadenas verticales de producción, ampliando el alcance de la competencia.

¹⁰ Por ejemplo, el desarrollo de las turbinas de ciclo combinado ha hecho que la generación de electricidad a baja escala sea mucho más eficiente de lo que era antes.

Bajo tales desarrollos, la regulación es comúnmente persistente. Una vez en vigor, puede tomar décadas deshacerse de ella, aún cuando sea comúnmente aceptado que ha existido más allá de sus justificaciones. Los reguladores, particularmente cuando son capturados por grupos de interés específicos, pueden rehusarse a dejar sus ámbitos de competencia. Además, el proceso necesario para lograr tales cambios es lento y está sujeto a muchas influencias del área política.

Esto provoca que la interfase entre política de competencia y regulación sea un campo particularmente delicado; además, que sea un campo donde la aplicación inmediata de la ley de competencia no puede funcionar. Es precisamente ahí donde la abogacía por la competencia es el instrumento más poderoso que política de competencia.

2.3. El papel de la Abogacía

De lo anterior se concluye que la competencia puede no solamente ser obstruida por conductas *privadas* anticompetitivas, tales como colusión entre competidores, concentraciones anticompetitivas, acuerdos verticales para restringir la competencia y abuso unilateral de posiciones dominantes, sino también por la intervención regulatoria *pública* y la creación de regulación. Dicha intervención regulatoria puede ser justificada en sectores caracterizados por importantes economías de escala, factores externos u otras fallas de mercado, pero puede ir más allá de lo estrictamente necesario e impedir la competencia en esos sectores.

En países que cuentan con una ley de competencia, las conductas *privadas* anticompetitivas privadas pueden ser combatidas efectivamente con la *aplicación* de dichas leyes. En contraste, la intervención regulatoria *pública*, ya sea o no adoptada en respuesta a presiones por parte de grupos de interés específicos, es perfectamente legal y por lo tanto más difícil de ser influenciada. Lo que pueden hacer las autoridades de competencia en tales casos, es *abogar* ante las autoridades públicas y el poder legislativo para adoptar un marco regulatorio que favorezca la competencia, así como con las agencias regulatorias para el rechazo de medidas anticompetitivas innecesarias. Es en un campo donde lo convincente de los argumentos es lo que importa y no las facultades de aplicación de la ley.

La *abogacía por la competencia* comprende todas las actividades desarrolladas por las agencias de competencia que no caigan en la categoría de aplicación de la ley, para promover y proteger la competencia. Por una parte, esto implica convencer a otras autoridades públicas para que se abstengan de adoptar medidas anticompetitivas innecesarias que protejan grupos de interés específicos y que dañan el interés público. Esto también implica ayudar a las agencias regulatorias a delinear con claridad las fronteras de la regulación económica, es decir, determinar qué mercados están caracterizados por monopolios naturales u otras fallas de mercado, cuándo debe ser preferida la regulación en vez de la competencia como la fuerza disciplinaria y qué mercados son más susceptibles para el proceso de competencia.

Existe otro factor importante de la abogacía por la competencia el cual no es exclusivamente dirigido a autoridades públicas y al poder legislativo, sino también a los agentes económicos y el público en general. Este comprende todos los esfuerzos de las autoridades de competencia con la intención de que otras entidades de gobierno, el sistema judicial, los agentes económicos y el público en general, estén más familiarizados con los beneficios de la competencia, el papel de la ley, política de competencia en la promoción y la protección del bienestar, al intensificar la competencia siempre que sea posible. Lo anterior implica una variedad de actividades dentro de las cuales se encuentran seminarios para empresarios, abogados, jueces, académicos, etc., en aspectos específicos de competencia, comunicados de prensa respecto de casos de aplicación de la ley, la publicación anual de informes y directrices que establezcan los criterios seguidos en la resolución de casos de competencia, estudios económicos sobre aspectos de competencia incluyendo el impacto de la regulación en mercados e industrias, son sólo algunos ejemplos.

Todas esas actividades contribuyen a establecer, lo que comúnmente se llama una *cultura de competencia*, la cual es tal vez mejor protagonizada por las actitudes de los consumidores y productores. Una actitud por parte del consumidor de ceder fácilmente ante el abuso monopólico de posiciones de dominancia y productores satisfechos del status quo de sus privilegios, es típica de una débil cultura de competencia. Por otra parte, consumidores que buscan activamente mejores opciones y una actitud del productor de trabajar mucho para ofrecer a los consumidores más opciones de mejor precio, son características de una fuerte cultura de competencia. También el conocimiento de las reglas de competencia por parte de los agentes económicos, lo que se permite y lo que no, refuerza la cultura de competencia. Así, todos los esfuerzos por parte de las autoridades de competencia para hacer que estas reglas sean conocidas y entendidas, son contribuciones positivas. De igual forma, el conocimiento por parte de las autoridades públicas de los beneficios a largo plazo que aporta la competencia a la sociedad en su conjunto, aún cuando el proceso competitivo pueda implicar dificultades para determinados grupos de interés en el corto plazo, es un ingrediente importante de la cultura de competencia. Por último pero no menos importante, es el hecho de tener un sistema judicial más familiarizado con los principios de competencia y menos enfocado en errores de procedimiento, lo que es esencial para la aplicación efectiva de las leyes, y por lo tanto mejorando la cultura de competencia.

Se ha consensado que dichas actividades para aumentar la conciencia, mejora la credibilidad y el poder de convencimiento de las autoridades de competencia. Esto no sólo contribuye a la efectividad de la abogacía por la competencia dirigida al sistema regulatorio, sino que también mejora la efectividad de la aplicación de la ley. Por otra parte, por regla general aumentar la conciencia de los beneficios de la competencia es un aspecto mucho menos controvertido que los otros componentes de la política de competencia.

En el presente estudio, la abogacía por la competencia es concebida de tal forma que incluya todas las iniciativas de las autoridades de competencia dirigidas al marco regulatorio con el fin de promover un entorno de libre competencia, y de convencer a los reguladores de rehusarse a ejercer sus funciones de forma anticompetitiva innecesariamente. Esta también fue la forma en la cual entendieron las preguntas la mayoría de los que respondieron el cuestionario. El otro componente de la abogacía por la competencia es lo que puede estar comprendido bajo el denominador general de “aumento de conciencia”. Como se mencionó anteriormente, este segundo componente está muy relacionado tanto a abogacía dirigida al marco regulatorio como a la aplicación de la ley.

2.4. El Contenido Político de la Política de Competencia

Los objetivos de las leyes de competencia varían ampliamente de una jurisdicción a otra. Algunas leyes expresamente buscan la eficiencia económica. Otras ponen mayor énfasis sólo en el bienestar del consumidor lo cual forma parte de la eficiencia económica. Sin embargo, objetivos paralelos posiblemente en discrepancia con los de eficiencia económica o bienestar del consumidor están presentes en muchas leyes de competencia. La promoción de la pequeña empresa, la protección al empleo, la redistribución del ingreso o la total integración de un mercado común (como en la Unión Europea) son sólo unos ejemplos.

Los objetivos alternativos van de la mano la mayoría de las veces. El combate a los monopolios incrementa la eficiencia económica, favorece la pequeña empresa, reduce los precios y por lo tanto redistribuye el ingreso y aumenta el bienestar del consumidor, todo al mismo tiempo. Sin embargo, ocasionalmente puede haber conflictos. La principal razón es que la competencia muchas veces provoca un proceso de *destrucción creativa* Schumpeteriano mediante la cual, el menos eficiente es desplazado por el más eficiente. Este proceso puede provocar eficiencia y muchas veces lo hace tanto en el corto como en el largo plazo, pero genera oposición de los grupos amenazados. Sin embargo, mientras que la gente que paga los costos del cambio económico son comúnmente grupos pequeños y bien organizados, la gente que cosecha los beneficios son los numerosos consumidores no organizados.

Aún cuando la eficiencia económica sea el único objetivo de la política de competencia, pueden surgir conflictos entre las agencias de competencia responsables de la implementación de esa política y otras autoridades públicas encargadas de políticas con objetivos diferentes. Esto puede dar origen a diferencias entre las agencias de competencia y otras autoridades, y por lo tanto la abogacía por la competencia ocurre en gran parte en la interfase de dichas metas en conflicto.

Como se mencionó con anterioridad, existen autoridades públicas particularmente en sectores específicos bajo regulación se encuentran expuestas a presiones de fuertes grupos de interés que cabildan por obtener privilegios que por lo general dañan a los consumidores. En virtud de que dichos grupos de interés son más

pequeños y de organizados que un grupo tan disperso como los consumidores, no se puede descartar que en algunos casos los reguladores sectoriales estén capturados por los grupos de interés. Lo anterior se agrava por el hecho de que los reguladores dependen de los agentes afectados para obtener la información esencial para su tarea regulatoria. Como consecuencia, los intereses de los consumidores fácilmente son mal representados en las decisiones de los reguladores, por lo que el papel de abogacía es importante para las autoridades de competencia a fin de restaurar el balance.

Por lo general, se supone que las autoridades de competencia son menos propensas a caer en la captura regulatoria que los reguladores sectoriales. Existen varios argumentos que soportan este punto de vista. El primero es que cuando una política regulatoria favorece a un grupo específico de interés, ésta puede ser contraria a los objetivos del régimen de competencia. Segundo, la política de competencia es horizontal esencialmente, es decir cubre muchos sectores al mismo tiempo, mientras que la mayoría de los reguladores sectoriales se encuentran en un diálogo continuo con una o pocas partes. Por último, los reguladores sectoriales pueden ser menos independientes del Poder Ejecutivo del Gobierno que las autoridades de competencia y por lo tanto más susceptible a presiones políticas.

Esto no quiere decir que las autoridades de competencia están totalmente protegidas de la captura. Algunos grupos o partes pueden hacer uso de la política de competencia al presentar denuncias en contra de los competidores más eficientes, poniéndoles una pesada carga por el litigio de competencia. Sin embargo, al defender la competencia y no a competidores en particular, las agencias de competencia tienen menos probabilidad de caer en la trampa. Además, la representación de intereses es a menudo menos desbalanceada entre un competidor y otro que entre compañías reguladas y los consumidores.

En resumen, las políticas de competencia tienen un papel importante en el área de las fuerzas políticas, normalmente defendiendo los intereses de los consumidores o de los grupos que tienen dificultad para hacerse escuchados, del abuso de poder de mercado por empresas dominantes, y defendiendo los intereses de largo plazo de la competitividad industrial más que la preservación de empleos en el corto plazo en compañías ineficientes. La abogacía por la competencia parece ser el instrumento más apropiado para estos propósitos, aunque la aplicación de la ley está evidentemente guiada por los mismos principios.

2.5. ¿Primero Abogacía?

En las jurisdicciones más antiguas, la abogacía ha sido durante mucho tiempo una parte relativamente sin importancia de la política de competencia. Aunque en los Estados Unidos se han realizado importantes actividades de abogacía por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio desde las décadas de los 20's y 30's, hubo un énfasis renovado en la abogacía por la competencia en la década de los 70's cuando una ola de esfuerzos de desregulación impactó su

sistema regulatorio. En muchas otras jurisdicciones, la conciencia de la necesidad de una abogacía por la competencia llegó incluso después. Las razones por las cuales esto ocurrió tan tarde son variadas. Entre ellas se pueden mencionar los desarrollos en la teoría económica, mayor énfasis en eficiencia, cambios en la tecnología y métodos organizacionales, así como más actividades de privatización y reforma regulatoria.

Varios autores han sugerido que las nuevas autoridades de competencia en países en desarrollo y en transición deben hacerlo al revés: es decir, durante las primeras etapas de implementación, limitarse a la abogacía y sólo gradualmente introducir la aplicación de la ley, primero concentrándose en conductas relativamente sencillas de evaluar como acuerdos horizontales y concentraciones, y dejar la investigación de restricciones verticales y abuso de dominancia para el futuro lejano cuando la cultura de competencia y la experiencia acumulada les permita hacerlo.¹¹

Se han dicho una variedad de argumentos en apoyo a este punto de vista. Sólo discutiremos dos de ellos. En primer lugar, para investigar conductas anticompetitivas de las empresas privadas y las autoridades de competencia necesitan tener acceso a la información privada de esas empresas. En los países en desarrollo y en transición donde los sistemas judiciales y la cultura de competencia necesitan mayor fortalecimiento, las empresas pueden ser renuentes a entregar dicha información.¹² Por otra parte, la abogacía por la competencia no requiere ese tipo de información privada. La abogacía es para crear una mayor conciencia, difícilmente existirá tal problema, y si la abogacía está dirigida al marco regulatorio la información necesaria se encuentra al menos disponible en otras entidades públicas, aun cuando ésta no sea del dominio público.

Respecto a este último argumento sobre la facilidad para tener acceso a la información sobre iniciativas regulatorias, éste puede ser objetado ya que esto sería en efecto así sólo si la otra entidad pública cooperara, lo cual no necesariamente será siempre el caso. En la práctica, la relación entre los reguladores y las autoridades de competencia es un área que merece atención adicional para asegurar que la cooperación actual entre estos órganos sea lo menos problemática posible. Como se establece en la siguiente sección, varias autoridades de competencia que respondieron el cuestionario se quejaron de ser informados en última instancia sobre proyectos de reforma regulatoria y otras iniciativas. Sin embargo, hay que admitir que generalmente, es más fácil tener acceso a la información requerida para la abogacía, que a la información estratégica de las compañías privadas, particularmente en las economías en desarrollo y en transición.

¹¹ Véase Kovacic (1997), Op.cit. y Armando E. Rodríguez y Coate, M.B., (1997), "Competition Policy in Transition Economies. The Role of Competition Advocacy", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, pp. 365.

¹² Véase Kovacic (1997), Op.cit.

En segundo lugar, a menudo se argumenta que la aplicación de la ley requiere una resolución sofisticada de los casos de competencia para los cuales las autoridades de competencia con poca experiencia, y aún más los sistemas judiciales de muchos países en transición y en desarrollo, están pobremente equipados. Aún cuando la resolución esté hecha por la misma autoridad de competencia ó por tribunales especializados en competencia, el sistema judicial funciona como un órgano de denuncia el cual presta más atención a las cuestiones procedimentales que a la sustancia de los casos. Además, normalmente les toma mucho tiempo, algunas veces varios años, resolver un caso. En tales circunstancias, la aplicación de la ley de competencia corre un gran riesgo de perder vigor y poner en peligro su credibilidad y sustentabilidad. Este es al mismo tiempo un argumento para que las autoridades de competencia de reciente instalación se abstengan de involucrarse en casos sofisticados a ser analizados bajo la regla de la razón en las etapas iniciales del desarrollo de las políticas de competencia.

Aunque existe una gran discusión sobre lo cierto del razonamiento anterior, la mala noticia es que la abogacía por la competencia al menos aquella dirigida al marco regulatorio, difícilmente es más simple. Como se mencionó antes, definir las fronteras apropiadas de los regímenes regulatorios es una tarea difícil. Las autoridades de competencia muchas veces carecen de conocimientos técnicos específicos del sector que tienen los reguladores. Como consecuencia, pueden involucrarse con facilidad en una escaramuza de argumentos técnicos con un alto riesgo de perder la contienda. Además los reguladores tienen objetivos pertinentes. Ellos cuidan la continuidad de la oferta de los servicios de interés público. Ellos promueven el servicio universal. Estos son argumentos válidos para proteger a las compañías incumbentes de los servicios públicos. Por otra parte, bajo ciertas circunstancias los órganos de gobierno pueden atribuir misiones específicas a los reguladores como proteger el empleo, proteger la salud y seguridad del consumidor de productos y servicios peligrosos, proteger a los productores nacionales de la competencia desleal del exterior o incluso proteger a los campeones nacionales en el entorno global. En otras palabras, las autoridades regulatorias tienen a su disposición fuertes y tentadores argumentos. Balancear estos argumentos con la causa de la competencia no siempre es una tarea fácil. Sin embargo, se puede alcanzar un equilibrio entre las metas de la competencia y parte de estos argumentos.

El debate es tal, que no se pueden obtener conclusiones finales. Al menos parece haber un fuerte caso para que las autoridades de competencia en las economías en desarrollo y en transición no esperen con la abogacía hasta que la aplicación de la ley eche raíz como la mayoría de los países desarrollados lo hicieron, sino para abordar su papel de abogacía desde el inicio. Por otra parte, a menudo se dice, y esto es confirmado en las respuestas del cuestionario, que la aplicación y la abogacía se refuerzan mutuamente y que dejar la aplicación totalmente para el futuro, puede debilitar la abogacía en la actualidad. Después de todo los argumentos suelen ser más convincentes cuando son expresados por alguien con un palo en la mano. Por ejemplo, es más probable que se tenga éxito en la

abogacía por un esquema de privatización favorable a la competencia cuando los candidatos deben obtener autorización de las autoridades para participar en la subasta.

Esto no quiere decir que las nuevas autoridades de competencia necesariamente deben involucrarse en una amplia gama de actividades de aplicación al inicio de sus funciones. Probablemente un enfoque temporal sobre acuerdos horizontales y el control de concentraciones sea deseable, lo mismo aplica a la abogacía. Por ejemplo, la eliminación de barreras legales a la entrada en mercados que de otra forma serían contestables parece menos controvertido y más fácil de explicar que aspectos relacionados a la regulación de precios de acceso a recursos esenciales. En otras palabras, la elección entre diferentes actividades de aplicación y entre actividades de abogacía es al menos tan importante como la elección de dónde hacer énfasis: en aplicación o en abogacía.

2.6. Economías en Desarrollo y en Transición contra Países Desarrollados

Existen algunas otras diferencias referentes a la abogacía por la competencia entre los países en desarrollo y en transición por una parte, y los países desarrollados por la otra. Sin pretender ser exhaustivos se mencionan las siguientes.

En los países en desarrollo y en transición, las instituciones de mercado son mucho más débiles que en los países desarrollados. Esto es particularmente cierto, en los países en transición que adoptaron recientemente el mecanismo de mercado como el principio rector de sus economías. En tales circunstancias, los beneficios de la competencia son menos entendidos por los agentes económicos y el público en general, y muchos de los sufrimientos de la transición económica son fácilmente imputados a la competencia, la cual es acusada de ser injusta, excesiva, destructiva, etc. De hecho, en las economías en desarrollo y en transición, la competencia es muchas veces el chivo expiatorio favorito de grupos de presión, que pelean por la preservación de privilegios establecidos bajo el viejo régimen. Esto plantea retos especiales para la abogacía por la competencia en esos países.

Segundo, en los países en desarrollo y en transición, la transparencia de los procedimientos y la rendición de cuentas de las autoridades públicas es comúnmente menor que en los países desarrollados. Lo anterior tiene importantes consecuencias para la aplicación y la abogacía, pero complica el trabajo de la abogacía en una forma particular. Las autoridades públicas en el primer tipo de país, poco familiarizadas con los principios de competencia, están menos acostumbradas a rendir cuentas al público sobre sus acciones, y a menudo hacen lo que consideran necesario simplemente sin valorar la asesoría de los defensores de la competencia. Por supuesto, esto no quiere decir que la resistencia a la abogacía por la competencia sería débil en los países desarrollados.

Una tercera diferencia es que en los países en desarrollo y en transición, particularmente en los segundos, se está desarrollando una gran cantidad de privatizaciones de activos del Estado, lo cual da origen a un intenso proceso de elaboración de regulación. Dicho proceso es necesario para evitar que los anteriores monopolios estatales simplemente se conviertan en monopolios privados, mediante los cuales se pueden perder todas las ganancias en bienestar y los incentivos a invertir en infraestructura. Por lo tanto, la abogacía por la competencia, la cual ayuda a moldear los procesos de privatización en una forma que sea favorable a la competencia y que se evite un marco regulatorio excesivamente restrictivo para las compañías privatizadas y sus competidores, parece tener un papel más importante en las economías en desarrollo y en transición que en los países desarrollados donde la privatización de activos estatales es relativamente menos frecuente.

En cuarto lugar, la mayoría de los países en desarrollo y en transición recientemente han experimentado programas importantes de apertura comercial y de inversión, lo cual ha provocado la emergencia de grupos de interés que cabildean con las autoridades públicas por la introducción de medidas selectivas a fin de reinstalar privilegios perdidos. La abogacía por la competencia tiene un importante papel al convencer a las autoridades de comercio e inversión para que se abstengan de realizar medidas perjudiciales e innecesarias en este campo.

Por último, es el hecho de que en la mayoría de las economías en desarrollo y en transición particularmente en los países más pequeños, existen severas limitaciones en la disponibilidad de los recursos necesarios para constituir una autoridad de competencia eficiente. Dichas limitaciones parecen ser menos importantes en los países desarrollados.

2.7. Aspectos Institucionales

Existe una amplia variedad de marcos institucionales dentro de los cuales operan las autoridades de competencia. Aparentemente, el marco institucional es de primordial importancia para la aplicación de la ley de competencia y menos importante para la abogacía por la competencia. Aún así, una breve discusión sobre los modelos básicos parece necesaria.

La distinción más significativa que se debe hacer es entre un escenario en donde la autoridad tiene tanto facultades de investigación y para adjudicar, y aquella en la cual dichas facultades son separadas, en el primer caso se llama modelo integrado; en el segundo se habla de un modelo bifurcado.

En el modelo integrado, la investigación de violaciones a la ley de competencia y la resolución de los casos de competencia se combina en una sola agencia responsable de la aplicación de la ley de competencia. Por razones de rendición de cuentas, las decisiones de esas agencias integradas son comúnmente sujetas a un órgano de apelación. En el modelo integrado, el derecho a la acción privada es a menudo limitado.

El modelo bifurcado es más heterogéneo. Por una parte, las autoridades de competencia responsables de investigar conductas anticompetitivas y concentraciones pueden llevar los casos de competencia ante los tribunales del sistema judicial para que sean resueltos. Normalmente existe un derecho de acción paralelo para que los particulares realicen sus propias investigaciones y lleven su caso directamente ante el tribunal. En ese modelo, las autoridades de competencia son en general, libres de escoger sus casos y dejar de lado los casos de menor importancia que pueden ser correctamente tratados con la acción privada. En muchos otros escenarios, las autoridades de competencia tienen la obligación de investigar todas las demandas presentadas, lo cual limita su libertad de dirigir la política de competencia y puede conducir a la asignación de recursos de investigación a casos relativamente poco importantes.

Por otro lado, la facultad de resolver puede ser atribuida a un tribunal especializado de competencia perteneciente al sistema judicial. La razón fundamental de tal escenario es que para resolver los casos de competencia, se requiere conocimientos técnicos especializados que por lo general no los tienen los jueces que resuelven asuntos civiles y criminales al mismo tiempo. En algunas jurisdicciones este modelo ha sido adoptado como un compromiso razonable entre la falta de conocimiento técnico del sistema judicial en aspectos de competencia y lo que algunos pueden considerar como una gran concentración de poder en autoridades de competencia totalmente integradas.

Se debe hacer notar, que la elección de un entorno institucional apropiado que tome en cuenta las características especiales del país en cuestión (fortalecimiento de las instituciones, cultura de competencia, etc.) es de vital importancia para la aplicación de la ley de competencia. Sin embargo, no es claro cómo es afectada por estos factores la abogacía por la competencia. A primera vista, no parece haber una relación directa entre el tipo de modelo escogido y la intensidad y efectividad de la abogacía.

Otro aspecto institucional que puede ser de importancia más directa para la abogacía por la competencia, es el grado de independencia de la autoridad de competencia. En algunas jurisdicciones, la autoridad de competencia forma parte de una Secretaría en donde la dirección de sus investigaciones y la orientación de su trabajo de abogacía pueden ser directamente influenciados por el Secretario. En el otro extremo, existen autoridades de competencia con el nivel de una Secretaría en sí mismas y totalmente integradas en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones, la agencia es un tipo de entidad descentralizada del Poder Ejecutivo del Gobierno con cierto grado de autonomía. Asimismo el mecanismo para nombrar al presidente y los altos funcionarios de la agencia de competencia y la facilidad con la cual pueden ser removidos, así como el mecanismo de asignación de presupuesto, son factores importantes que determinan su grado de independencia.

Se considera que la autonomía es esencial para la efectividad del trabajo de abogacía. Sin embargo, se debe distinguir entre independencia formal y real. En

algunos países un alto grado de independencia formal va acompañado con cierto aislamiento de la autoridad de competencia del poder ejecutivo, lo cual definitivamente no favorece las actividades de abogacía de la agencia. En otras jurisdicciones, las autoridades de competencia con bajo grado de autonomía forman una Dirección dentro de la Secretaría, sujeta a supervisión secretarial, pero sus decisiones son generalmente respetadas en un entorno de transparencia y rendición de cuentas. Es decir, la independencia formal no coincide necesariamente con la independencia real y es la independencia real la que realmente importa.

2.8. La Dimensión Internacional de la Abogacía

La abogacía por la competencia tiene básicamente una dimensión nacional, es decir, las autoridades nacionales de competencia abogan ante las autoridades públicas de su *propia jurisdicción* por la adopción de reglas y medidas favorables a la competencia, y las autoridades de competencia tratan de incrementar la conciencia de la población *nacional* sobre los beneficios de la competencia y la política de competencia. Las iniciativas de abogacía no se dirigen a las autoridades públicas o poblaciones extranjeras. Una excepción sobresaliente es la Comisión Europea: siendo un órgano supranacional está parcialmente facultado para dictar directivas vinculantes a los Estados Miembros de la Unión Europea (UE) en el área de política de competencia, (de acuerdo con el artículo 86 del Tratado que crea las Comunidades Europeas) si se cumple cierto grupo de condiciones. En la práctica, esto aplica en lo particular a los sectores regulados. Estas facultades de la Comisión son supletorias a las Competencias Regulatorias básicas de los Estados Miembros de la UE y el Parlamento Europeo, por ejemplo en los sectores de telecomunicaciones, postal y energético.

Sin embargo, se debe reconocer que diversas organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Banco Mundial (BM) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), entre otros, otorgan apoyo normalmente de naturaleza técnica a las autoridades nacionales de competencia para llevar a cabo sus actividades de abogacía. En particular, el Comité de Competencia (CC) de la OCDE ha estado activo en este campo. El GTA de la RICE tiene trabajo importante que hacer en la asistencia técnica y en el delineamiento de puntos de referencia respecto de abogacía por la competencia. Varias autoridades de competencia incluyendo al Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, así como la Comisión Europea, están involucrados en programas de asistencia técnica, tanto individualmente como en cooperación con organizaciones internacionales.

También existe atención hacia la abogacía de la competencia en organizaciones de comercio y acuerdos multilaterales tales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Mecanismo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), entre otros. Por último resulta importante resaltar el hecho de que algunos acuerdos de

cooperación bilateral en política de competencia, aunque inicialmente enfocados en aspectos relacionados con la aplicación de la ley, también tienen ciertas disposiciones respecto de la abogacía por la competencia.

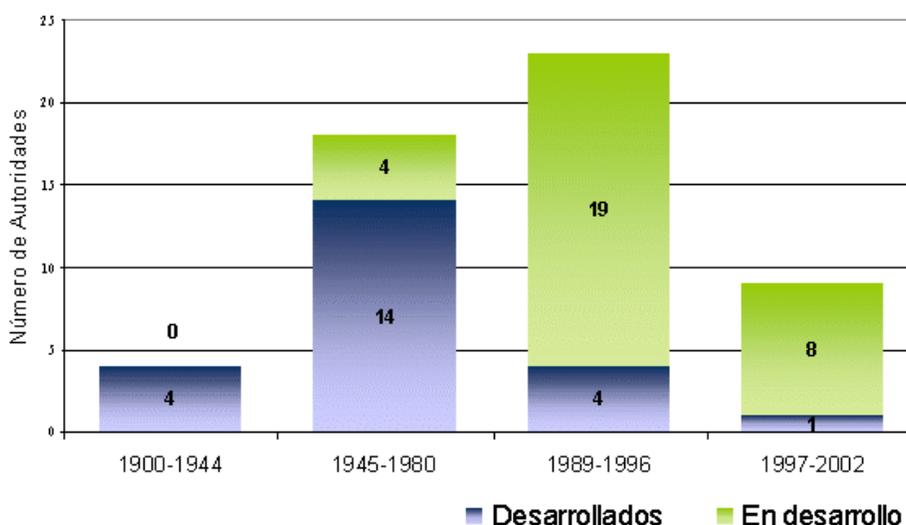
3 LA ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA VISTA POR LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA RICE: LOS RESULTADOS

3.1. La Autoridad de Competencia

En la medida en que los países han adoptado legislaciones de competencia, se han establecido autoridades especializadas para investigar y prevenir prácticas comerciales anticompetitivas. Con este mandato, las autoridades de competencia promueven una de las libertades económicas fundamentales relacionada con el libre acceso y la posibilidad de competir en los mercados.

Las primeras autoridades de competencia se establecieron a principios del siglo XX, y en periodos posteriores se observan tres movimientos principales: el primero inicia al final de la Segunda Guerra Mundial para los países desarrollados; el segundo tuvo lugar entre 1981 y 1996. Cincuenta por ciento de las agencias de competencia encuestadas se establecieron en este periodo, incluyendo los países de América Latina, Asia y las economías anteriormente socialistas de Europa. El último periodo corre desde 1997 hasta la fecha (*ver gráfica 1*).

Gráfica 1. Año de fundación de las autoridades de competencia



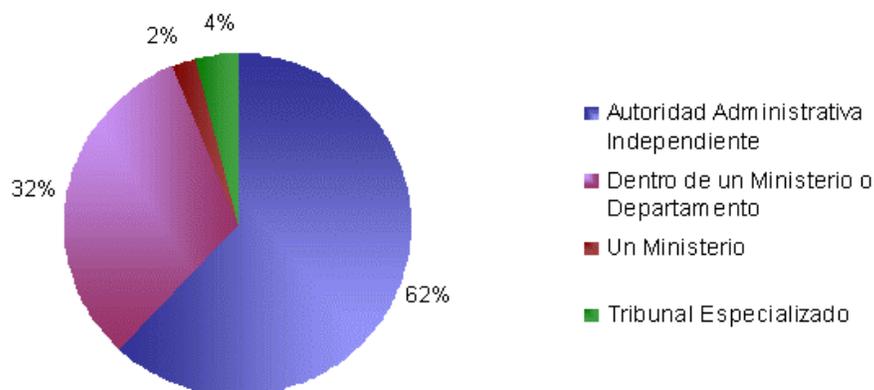
Respuestas registradas: 53

El número de autoridades de competencia se ha incrementado extraordinariamente durante los últimos diez años. A menudo se estima que actualmente casi 100 jurisdicciones aplican un régimen de competencia de algún tipo. Se puede decir con seguridad que ninguna agencia es semejante a otra. Lo anterior es cierto aun para aquellos regímenes de competencia recientes que tomaron como modelo a las jurisdicciones existentes, como por ejemplo las de Europa del Este, donde los preparativos para entrar a la Unión Europea dieron un fuerte incentivo para imitar las leyes de competencia de la Comisión Europea.

Estatus Institucional

La estructura institucional de las autoridades de competencia varía enormemente. Sesenta y dos por ciento de todos los países tienen una autoridad administrativa independiente a cargo de investigar y adjudicar las restricciones a la competencia (*ver gráfica 2*).

Gráfica 2. Estatus institucional de las autoridades de competencia



Respuestas registradas: 50

En otros países, la autoridad de competencia forma parte del poder ejecutivo del Gobierno, siendo una Secretaría (2%), o como parte de tal Secretaría o su equivalente (32%). Las autoridades que tienen esta organización no consideran que dicha estructura afecte su autonomía al realizar sus actividades.

[...](la Comisión está integrada) a una Secretaría o Departamento (...)

Sin embargo, las decisiones de la Comisión son tomadas independientemente por un Consejo de Comisionados sin intromisión política del Gobierno.

Siguiendo la tradición jurídica, algunos países decidieron separar las actividades de investigación de las de resolución. En esta situación, la función de investigación se otorga al departamento o dirección dentro de la estructura secretarial. Al mismo tiempo, un tribunal administrativo especializado o judicial aplica la resolución y la sanción.

La autoridad judicial (en materia civil o penal) interviene en varios países ya sea como órgano de apelación o de sanción, o como entidad investigadora. Pocos países reportan la existencia de tribunales judiciales especializados en competencia.

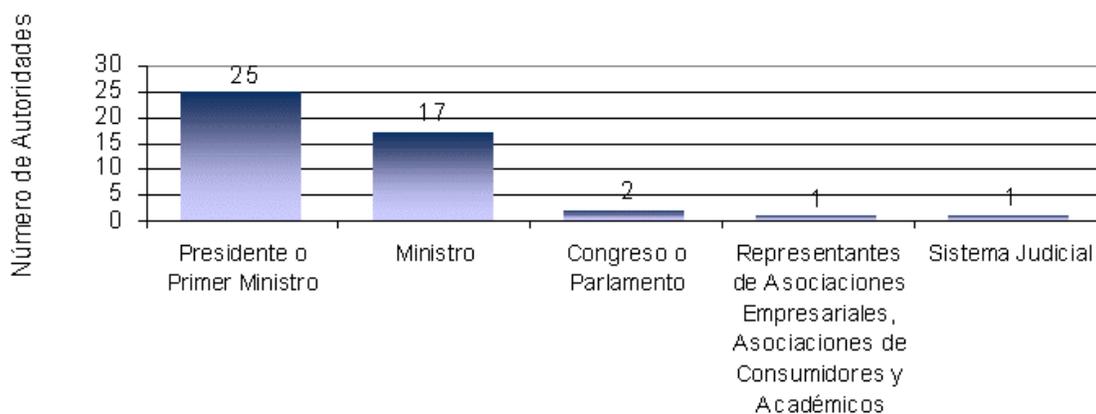
La variada mezcla de órganos hace que cualquier intento por discutir la relación interinstitucional de una forma horizontal, sea muy difícil desde un punto de vista conceptual. La diversidad de estructuras institucionales es aún más amplia al considerar la gama de regímenes de competencia supranacionales (Unión Europea, Asociación Europea de Libre Comercio, Comunidad Andina) cuya organización institucional rompe cualquier enfoque basado en conceptos empleados para describir estados soberanos.

Nombramiento de los Titulares de las Autoridades de Competencia

De acuerdo a la estructura política de cada país y dependiendo de sí se hace distinción entre las facultades de investigación y adjudicación, los titulares de las autoridades de competencia son nombrados por la autoridad sectorial (cuando pertenecen a una Secretaría) o por el Gobierno, representado por el titular del Estado o el Consejo de Secretarios, con o sin el consentimiento del Congreso (en el caso de entidades cuasi judiciales administrativas independientes).

Existe sólo un caso donde las asociaciones profesionales, académicas o de consumidores pueden tener opinión en el nombramiento de la autoridad de competencia. Rara vez el Congreso es el exclusivamente facultado para hacer tal designación. Cuando la autoridad de competencia es parte del poder judicial, es esta autoridad la que hace el nombramiento (*ver gráfica 3*).

Gráfica 3. Mecanismo de designación de los directivos de las autoridades de competencia



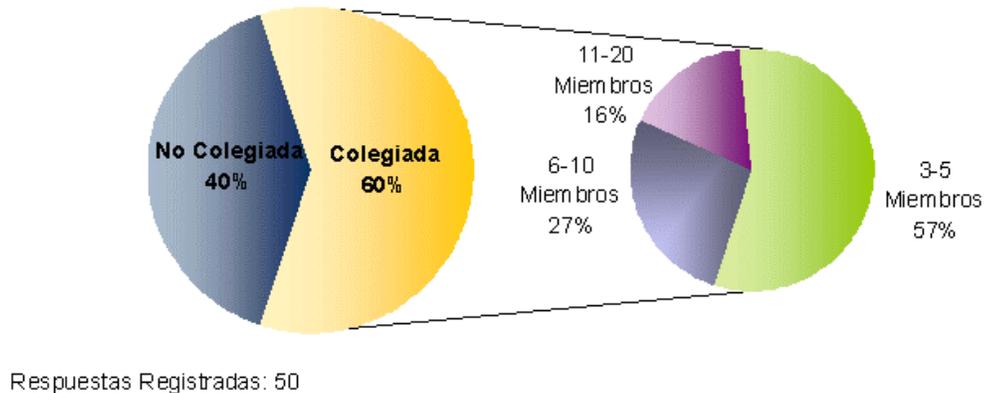
Respuestas registradas: 46

Estructura de la Autoridad de Competencia

Se pueden distinguir dos tipos de estructuras respecto de las agencias que toman decisiones: colegiadas y no colegiadas.

La estructura colegiada (reportada por el 60% de los países) generalmente es facultada para investigar y resolver sobre las prácticas anticompetitivas (por ejemplo cuasi judicial). La *gráfica 4* muestra que estas estructuras normalmente constan de tres a cinco miembros.

Gráfica 4. Estructura de toma de decisiones de las autoridades de competencia



La configuración no colegiada (asciende al 40% de los casos) corresponde, en la mayoría de los casos, a estructuras localizadas dentro del poder ejecutivo o administrativo (Secretarios de Estado) dotados exclusivamente con facultades de investigación.

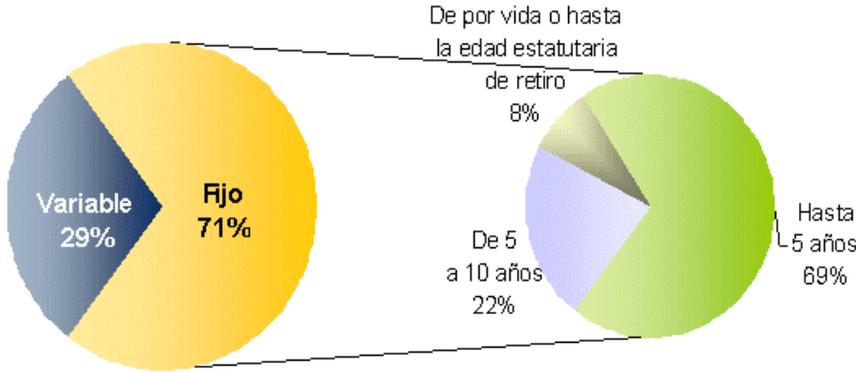
En las economías en desarrollo, la estructura predominante es la toma de decisiones colegiada: 71% de los países en esa categoría reportaron dicha estructura. En contraste, la toma de decisiones no colegiada es más común en los países desarrollados según lo reportó el 55% de esas autoridades. En los segundos, existe casi siempre control jurisdiccional de las decisiones de aplicación de la ley.

En la mayoría de los casos, los titulares de las autoridades de competencia están totalmente dedicados a su responsabilidad en la agencia de competencia. En pocos casos, la autoridad de competencia comprende a profesionales y académicos que realizan actividades independientes junto con sus tareas relacionadas con competencia.

Solo tres países otorgan posesión perpetua a los funcionarios de alto rango. La duración de los cargos va de dos a doce años, pero la mayoría de los nombramientos duran de tres a cinco años. En un tercio de los casos, el nombramiento de los miembros no está sujeto a un periodo específico de tiempo, sino que depende de las decisiones y discreción de la autoridad que hace el

nombramiento. Esto último corresponde en todos los casos a nombramientos hechos por el titular del Poder Ejecutivo (ver gráfica 5).

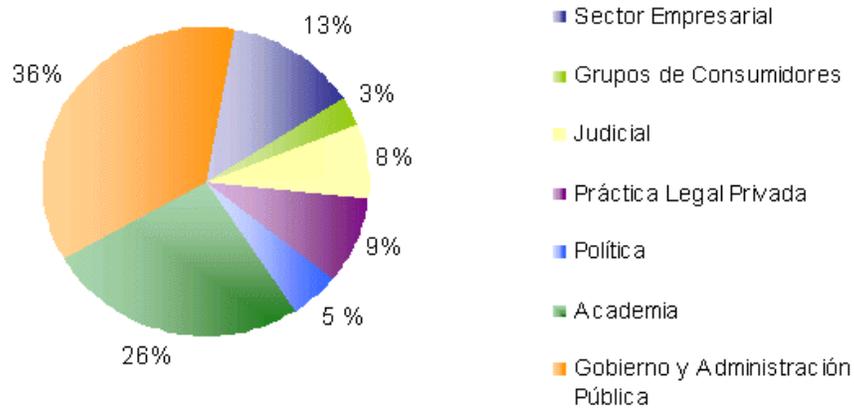
Gráfica 5. Duración de los nombramientos de los directivos de las autoridades de competencia



Respuestas registradas: 51

En la mayoría de los casos, la permanencia de los oficiales y miembros de la autoridad de competencia está normada por la ley de servicio civil de cada país. Respecto de la experiencia profesional de los funcionarios de alto rango, el 36% reporta tener experiencia en la administración pública. Sin embargo, existe también una fuerte representación interdisciplinaria (26%), principalmente de las áreas de leyes y economía (ver gráfica 6). Cuando los jueces del sistema judicial participan, son normados por su propio código legal.

Gráfica 6. Antecedentes profesionales de los directivos de las autoridades de competencia



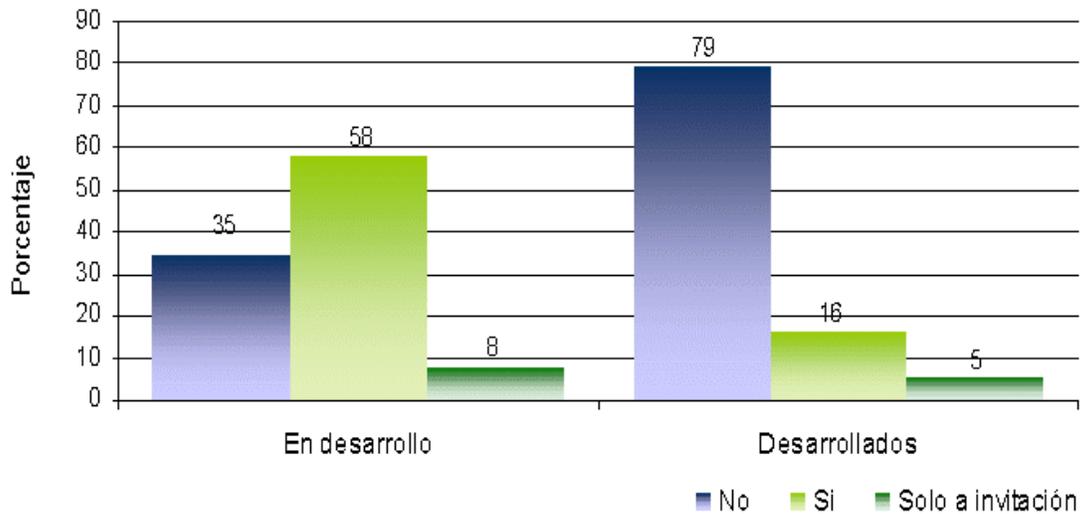
Respuestas registradas: 48

La Representación Institucional de la Autoridad de Competencia en el Gobierno

En muchas jurisdicciones (21), los funcionarios de alto rango de la autoridad de competencia están representados en el Gabinete del Gobierno nacional. En términos generales se considera que esto tiene una doble ventaja para la abogacía por la competencia: por un lado, el representante de la autoridad de competencia está bien posicionado para influir en el resultado final de proyectos legislativos o de reforma regulatoria. Por lo tanto, los hacedores de política pueden estar directamente alertados de cualquier asunto desde el punto de vista de política de competencia. En segundo lugar, es probable que el representante de la autoridad de competencia sea informado en las primeras etapas del proceso de diseño de iniciativas de nuevas políticas.

La representación en el Gabinete es más frecuente en los países en desarrollo que en los desarrollados, 58% de los primeros reportaron dicha representación, mientras que solo el 16% de los segundos lo hicieron (*ver gráfica 7*). La participación en el Consejo de Secretarios o Gabinete es un elemento importante para influir en las acciones gubernamentales, pero en la práctica el grado de esta influencia puede estar restringido por el peso relativo del voto de la autoridad de competencia en el Gabinete.

Gráfica 7. Participación de las autoridades de competencia en el consejo de ministros o gabinete



Respuestas registradas: 46

Generalmente hablando, existen tres diferentes formas en las cuales las autoridades de competencia están representadas entre los hacedores de política de sus Gobiernos.

El primer grupo comprende aquellas autoridades que tienen un lugar formal a nivel de Gobierno. Uno de los encuestados de la RICE mencionó:

[...] La División de Competencia está representada en el gabinete del Presidente por el Procurador General. La División de Competencia frecuentemente se representa a sí misma en la política de subgabinete o en grupos de trabajo dentro del Poder Ejecutivo cuando la competencia del mercado está en discusión.

En términos generales, dicho diseño es considerado para permitir la influencia más directa en el diseño de legislación futura o propuestas del regulador, como algunos otros miembros indicaron:

[...] El presidente y vicepresidente regularmente asisten tanto a las reuniones de Gabinete como a las de Subsecretarios para presentar enérgicamente el punto de vista de la autoridad de competencia. En particular, la asistencia a las reuniones de Gabinete permite a las autoridades de competencia infundir el principio de competencia en los niveles más altos de las agencias Gubernamentales, las cuales tratan

de intervenir en diversas formas cuando se suscitan problemas socioeconómicos. La participación en las reuniones del Gabinete también da a las autoridades de competencia la oportunidad para coordinar / finalizar las diferencias de opinión respecto de propuestas legislativas del Gobierno.

En el extremo opuesto se encuentran las autoridades que no tienen acceso al Gobierno en absoluto. Algunas autoridades de competencia que son relativamente independientes del gobierno, se encuentran en dicha posición.

En ciertas circunstancias, tal situación puede complicar los esfuerzos de abogacía debido a la dificultad de llevar el mensaje a los lugares donde se hacen las políticas durante la elaboración de nuevos proyectos. Así mismo, tales autoridades de competencia pueden encontrarse en una desventaja estratégica en términos de información oportuna y exhaustiva sobre nuevos proyectos de reforma. Las siguientes respuestas muestran esta condición.

[...] la autoridad de competencia, como una autoridad independiente del Gobierno, no se le ha asignado ningún papel explícito de abogacía por la competencia que no se refiere a sus casos específicos.

[...] la Comisión de Competencia es independiente de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la Comisión no toma parte en ningún grupo oficial de alto nivel o consejo de Secretarios. Las comisiones parlamentarias algunas veces invitan a la autoridad de competencia a dar asesoría en aspectos relacionados a competencia.

La mayoría de las autoridades de competencia se encuentran en una situación donde su representación en el Gobierno es parcial. Existen diversas variaciones sobre este tema.

Primero que todo, una autoridad de competencia puede participar en reuniones del Gobierno en forma esporádica, a menudo mediante invitación, para pronunciar su punto de vista sobre un proyecto específico. Entonces la pregunta crucial sería qué tan seguido su punto de vista es requerido, y si la autoridad tiene la facultad para exigir ser escuchada por el Gobierno. Los miembros de la RICE comentaron frecuentemente sobre esta práctica, como se muestra en las siguientes declaraciones:

[...] La Ley [XXX] estipula que la Autoridad puede expresar opiniones sobre regulaciones y problemas relacionados a la competencia y el mercado cuando lo considere apropiado o cuando se lo requieran los departamentos de Gobierno y las agencias que corresponda. El Primer Ministro también puede requerir la opinión de la Autoridad en relación a legislaciones o regulaciones cuyo efecto directo sea: i) dar lugar a restricciones cuantitativas en el ejercicio de una actividad o en el acceso a un mercado; ii) establecer derechos de exclusividad en ciertas áreas

comerciales; iii) imponer prácticas generales de precios o condiciones de venta.

[...] El Presidente de la autoridad de competencia tiene la oportunidad de asistir a las reuniones del Gabinete Económico del Gobierno como un participante invitado. En la práctica esta oportunidad rara vez es usada, el Presidente fue invitado a estas reuniones en pocas ocasiones en nuestros once años de historia.

[...] El Vicepresidente de la autoridad de competencia asiste regularmente a las reuniones semanales de las Secretarías Administrativas del Estado, donde puede dar su opinión respecto a proyectos de normas y legislación. (Esta reunión opera como un consejo de preparación de decisiones del Gobierno).

En segundo lugar, puede no ser la autoridad de competencia sino una institución “tutelar” la que puede llevar aspectos de abogacía por la competencia directamente a la atención de los secretarios. Es probable que tales instituciones sean cualquiera de las Secretarías bajo cuyo auspicio la autoridad de competencia es establecida. Alternativamente, y en particular para las autoridades independientes institucionalmente, se le puede encargar a otro Departamento o Secretaría de Gobierno los aspectos de abogacía por la competencia.

[...] La autoridad de competencia no participa en tal grupo. El Consejo Nacional de Competencia es responsable de asegurar que los Gobiernos de nuestra jurisdicción cumplan con la Política Nacional de Competencia y de esta forma se involucra en consultas de alto nivel con diversos órganos Gubernamentales.

[...] En este sentido nos referimos a las actividades de la Comisión de Monopolios, una institución que opera independientemente de la autoridad de competencia. De acuerdo a la Sección 44 del ARC es obligación de la Comisión de Monopolios emitir una opinión cada dos años sobre tópicos de política de competencia, en particular sobre control de concentraciones (también llamado “opinión principal”). Además, la Comisión de Monopolios puede entregar opiniones (también llamadas “opiniones especiales”) a su discreción.

Sin embargo, normalmente tales instituciones tutelares no sólo se preocupan por aspectos de competencia, sino buscan balancear aspectos de competencia con una mezcla más amplia de objetivos de política. Por lo tanto, algunas veces el análisis desde el punto de vista de la política de competencia puede disiparse en el proceso político desde la etapa de abogacía.

Finalmente, una autoridad de competencia puede estar integrada al Gobierno al nivel técnico o gerencial, sin estar representado al nivel de Gabinete. Dichos grupos de trabajo intersecretariales son frecuentes, y a menudo considerados

como una herramienta muy útil en aspectos de abogacía por la competencia en las primeras etapas del diseño de nuevos proyectos. Estos grupos de trabajo intersecretariales pueden ser más o menos formales, estar organizados precisamente para investigar proyectos específicos, o llegar a ser una estructura permanente. Los miembros mencionaron:

[...] El Comisionado de Competencia no participa directamente en el Gabinete. Sin embargo, el comisionado participa en grupos de funcionarios de alto nivel de la Secretaría tales como el Alto Comité de Política, y también participa en discusiones a nivel de subsecretaría.

[...] El comisionado de competencia se presenta ante Comités Parlamentarios Permanentes para comentar sobre aspectos relacionados a la Ley de Competencia, otras leyes, o cualquier otro asunto relevante para la política de competencia.

[...] La Autoridad no participa en ningún Consejo de Secretarios, Gabinete o cualquier otro grupo político de alto nivel similar. Sin embargo, de acuerdo al Análisis Regulatorio de la OCDE el Primer Ministro creó un Grupo de Alto Nivel sobre Regulación, el cual tiene representación de varios de las secretarías y agencias Gubernamentales para vigilar la implementación de nuestra respuesta y para desarrollar propuestas apropiadas de reforma regulatoria para someterlas a consideración del Gobierno. La Autoridad de Competencia está representada en el Grupo de Alto Nivel. Contribuye al trabajo del Grupo y busca asegurar que la legislación de prioridad o debida ponderación a las elecciones y beneficios del consumidor sobre los intereses del productor, y que cualquier restricción a la competencia sea estrictamente proporcionado al beneficio que intentan producir.

Como se explicará en las siguientes secciones, tanto la representación institucional de una autoridad de competencia como el mecanismo de trabajo intersecretarial en los que participa, son determinantes para su autonomía y la efectividad de sus esfuerzos de abogacía.

3.2. Autonomía Operativa de la Autoridad de Competencia

Inicialmente se debe notar que el grado de independencia de una agencia es notoriamente difícil de definir. 'Independencia' puede ser interpretada al menos en términos legales, políticos y económicos así como en términos basados en hechos reales. Por ejemplo, ¿qué tan independiente es una agencia que cada año tiene que esforzarse nuevamente para obtener del Gobierno o Parlamento el financiamiento necesario para llevar a cabo su misión? También, una agencia que está subordinada a una Secretaría pero cuyo titular es nombrado por el Gobierno, ciertamente disfruta de cierto grado de independencia. Finalmente, también las autoridades de competencia que están totalmente integradas al Gobierno pueden aplicar efectivamente la política de competencia, cuando una cultura de

competencia generalmente aceptada conduce a que sus decisiones sean respetadas.

[...] Es (...) tradición Gubernamental que las autoridades tengan un alto grado de independencia conforme a la ley, lo que significa que el secretario responsable nunca se entrometería en el manejo cotidiano de casos individuales de la autoridad. El Gobierno controla una autoridad al darle instrucciones amplias tales como el propósito y la intención del trabajo de la Autoridad y al asignarle los instrumentos necesarios mediante el presupuesto Estatal.

Un grado suficiente de independencia es algunas veces considerado como un ingrediente principal para permitir a las autoridades, la aplicación de la política de competencia en una forma satisfactoria. Probablemente estos argumentos son principalmente hechos, teniendo en mente la parte de aplicación de la ley de las actividades de los miembros. Pero, ¿este razonamiento también aplica a abogacía?

A diferencia del trabajo de aplicación, para el cual muchas autoridades disfrutan de facultades para tomar decisiones, la abogacía normalmente se dirige a influir otros procesos sin ser, decisiva en última instancia. Por lo tanto, es más probable que las intervenciones en esos procesos se dirijan al que toma las últimas decisiones y no al que aboga por cierto razonamiento o posición.

La evidencia disponible que apoya inequívocamente ya sea un mayor o menor grado de independencia es escasa. Ciertamente, la mayoría de las agencias toman la postura de que se benefician de un grado relativamente alto de independencia en su trabajo de abogacía:

[...] La autoridad de competencia tiene un estatus legal que garantiza autonomía en su toma de decisiones. Esto facilita la promoción de la competencia económica de acuerdo a los requerimientos y criterios de la autoridad de competencia.

[...] El grado de autonomía de la autoridad de competencia contribuirá a sus actividades de abogacía. Conforme a la nueva Ley, la autoridad de competencia será una autoridad independiente y recibirá facultades formales de abogacía.

[...] La autoridad de competencia tiene autoridad legal independiente para la administración y aplicación de la Ley de Competencia. La autoridad de competencia también tiene autoridad independiente conforme a la Ley de Competencia, para participar en ciertos órganos regulatorios en aspectos de competencia ...

[...] La autoridad de competencia mantiene un alto estatus Gubernamental como una agencia independiente con la misma

autoridad que otras agencias secretariales, y por lo tanto las funciones de abogacía por la competencia de la agencia de competencia mantienen duración, correspondiendo a [...]

Sin embargo, un miembro señaló que la independencia no debe impedir una participación total de la autoridad de competencia en la estructura gubernamental, como se resume sucintamente en la siguiente observación:

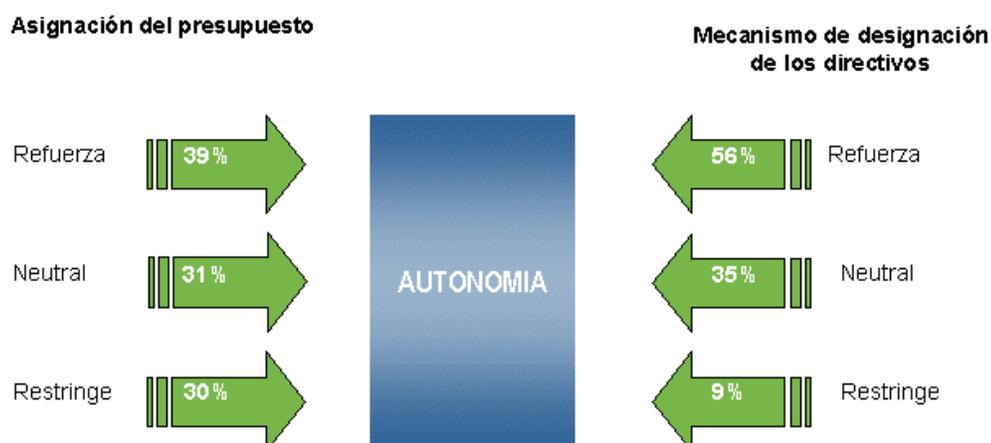
[...] La independencia de la Autoridad es muy importante para asegurar la calidad de sus informes de abogacía al Gobierno. Al mismo tiempo, la independencia puede ser un problema en términos de la adopción actual de sus recomendaciones. Este problema puede ser particularmente grave cuando la opinión se da sobre una nueva legislación y ésta llega cuando todos los grupos del Parlamento ya han encontrado un compromiso apropiado.

Esta percepción es repetida por otras varias agencias las cuales se quejan que tienen dificultad para lograr que su opinión sea escuchada en el nivel Gubernamental o político, o que son informadas tarde en los procesos consultivos cuando no se tienen mecanismos obligatorios de consulta.

El mecanismo de asignación de presupuesto fue un elemento que los miembros mencionaron frecuentemente al evaluar su autonomía. Como se explicará más adelante, se considera que la asignación de presupuesto tiene cierta influencia en la autonomía y las facultades de abogacía dependiendo de cuál es la entidad responsable de la asignación, cómo son integrados los recursos como parte del presupuesto nacional, y qué grado de independencia tienen los miembros para gastar los recursos. (ver gráfica 8)¹³

¹³ Los mecanismos de autofinanciamiento consisten principalmente de la colección de porcentajes fijos de multas y sanciones monetarias impuestas.

Gráfica 8. Autonomía institucional, asignación del presupuesto y mecanismo de designación de los directivos



Casi el 40% de los que respondieron, encontraron como favorable el mecanismo de asignación del presupuesto, mientras que se considera que los mecanismos de asignación por parte del gobierno les otorga en la práctica más autonomía. Algunos miembros expresaron lo siguiente:

[...] El mecanismo de asignación del presupuesto contribuye a la autonomía del consejo de competencia porque, aunque el consejo está subordinado administrativamente a la Secretaría de Finanzas, su presupuesto es asignado por el parlamento.

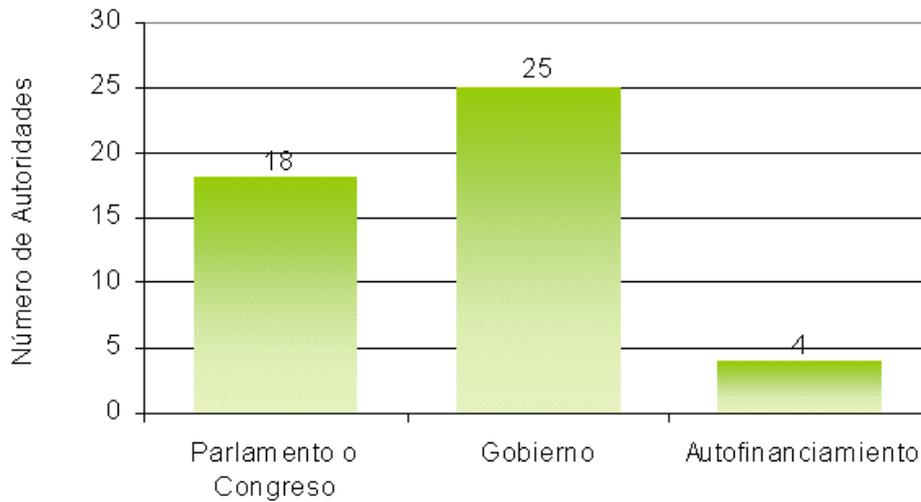
[...] (la autoridad) financia el 80% de su propio presupuesto, el otro 20% es asignado por la Secretaría de Industria, del presupuesto que le asignó la Tesorería Pública.

[...] La mayor parte del financiamiento de la Comisión es hecha por las Asignaciones del gobierno. La Comisión también recauda derechos por algunas de sus actividades.

En 18 casos, el presupuesto se identifica como una partida separada del presupuesto general de la nación, aprobado directamente por el gobierno o el Congreso, 25 de los encuestados reportaron que su presupuesto es asignado como parte de una Secretaría, sin embargo la mayoría de ellos parecen tener también diferentes medios para aumentar su autonomía. Por ejemplo, algunas

autoridades están facultadas para discutir y negociar el presupuesto directamente con los poderes legislativos. Esta facultad se debe a que están económicamente mejores que aquellos que únicamente tienen acceso a su Secretaría Sectorial. (ver gráfica 9)

Gráfica 9. Mecanismo de asignación del presupuesto



Respuestas registradas: 47

Además, la mayoría de las autoridades de competencia que reportaron dependencia en el presupuesto consideraron que otros asuntos como el mecanismo de nombramiento del titular de la autoridad de competencia o la libertad de disponer del presupuesto asignado eran suficientes para compensar su dependencia. En algunos casos, el presupuesto de la autoridad de competencia está claramente identificado como una partida separada dentro del presupuesto de la Secretaría.

[...] El (...) presupuesto constituye un capítulo separado del presupuesto central. Esto significa por una parte que no es incorporado en ninguno de los presupuestos de las secretarías y que forma parte de un presupuesto central planeado por el Gobierno y aprobado por el parlamento.

[...] El presupuesto para la autoridad de competencia es asignado como un presupuesto separado para una agencia administrativa independiente.

En la ausencia de provisiones legales que garanticen la toma de decisiones autónomas, algunos países en transición y en desarrollo reportaron que el mecanismo de asignación de presupuesto puede restringir la autonomía de la autoridad de competencia.

[...] La dependencia en la Secretaría de Finanzas por la cantidad de los fondos del presupuesto disminuye la autonomía de la autoridad. Si el Comité encuentra que algunas acciones de la Secretaría de Finanzas son violatorias de la legislación antimonopolios, la Secretaría de Finanzas influye en la decisión con recortes al presupuesto.

[...] El mecanismo para el nombramiento de los miembros contribuye (a la autonomía de la autoridad de competencia), pero la asignación del presupuesto la disminuye. Esto debería ser independiente de la secretaría.

La conclusión que se puede obtener hasta este punto es que las consideraciones presupuestales pueden dañar la autonomía operacional de la autoridad de competencia sólo en la medida que las actividades operativas se limiten por la falta de recursos financieros. La dependencia presupuestal tendría poco efecto en la independencia con la cual la autoridad de competencia toma sus decisiones o impone sanciones, en virtud de que, sin importar cómo se realice el mecanismo de asignación del presupuesto, varios países consideran que la autonomía puede ser mejorada con base en una de las siguientes modalidades:

- la aprobación del presupuesto asignado, por el poder legislativo como una partida identificada por separado;
- uso de una cantidad de referencia (el presupuesto del año anterior) combinado con un incremento calculado como porcentaje de la cantidad total de sanciones que dicha autoridad impone en el periodo de referencia; o
- una asignación de presupuesto multianual;
- transparencia en el proceso de elaboración del presupuesto con capacidad de apelar ante el nivel más alto del poder ejecutivo.

Adicionalmente muchos miembros consideraron que la autonomía técnica y de toma de decisiones puede ser lograda cuando:

- el presupuesto pueda ser usado libremente una vez que éste ha sido asignado;
- exista un mecanismo de nombramiento para los miembros de la autoridad que garantice su independencia; y
- exista una autonomía operativa garantizada por el marco legal.

Finalmente, algunas autoridades consideran que la independencia operativa puede ser fortalecida mediante la búsqueda de fuentes alternativas de financiamiento, escogiendo preferentemente aquellas no restringidas por el proceso de aprobación presupuestal.

3.3. La Abogacía en el Marco Regulatorio y Legal

La regulación puede tener un impacto substancial en la competencia de los mercados. Por esta razón, la autoridad de competencia puede estar interesada en participar en el diseño de regulaciones de sectores específicos, así como en la formulación de políticas públicas en actividades económicas específicas.

La consulta en los procedimientos legislativos o regulatorios es generalmente vista como una de las tareas principales de las agencias de competencia, dando lugar al diálogo entre la autoridad de competencia y la autoridad regulatoria, o con el Congreso o Parlamento como una área clave de la abogacía por la competencia.

Las consultas en los procedimientos legislativos y regulatorios tienen un impacto relativamente directo en el entorno normativo, el cual puede permitir que operen las fuerzas de mercado. En particular, los resultados de iniciativas de abogacía dirigidos a procesos de reforma individuales son a menudo más palpables que otras tareas de abogacía de más largo plazo como el aumento de conciencia de la sociedad.

El diálogo entre la autoridad de competencia y la autoridad regulatoria de estos sectores específicos juega a menudo un papel importante en el diseño del marco regulatorio. La autoridad de competencia puede buscar influir en el conjunto de reglas que gobiernan la actividad de la autoridad regulatoria, en particular al asegurar que los aspectos de competencia sean tomados en cuenta cuando se establezca el sistema regulatorio. La supresión de barreras a la entrada innecesarias y de abusos de posición dominante son entre otros, aspectos importantes a ser considerados.

El diálogo entre la autoridad de competencia y el regulador puede también tener lugar al diseñar e implementar un esquema de privatización, al autorizar recursos valiosos o durante el proceso administrativo cotidiano, cuando se puede producir un impacto en la competencia por las acciones Gubernamentales.

Esto puede ser visualizado en varios grados de formalidad. Varias agencias Miembros de la RICE han declarado que principalmente colaboran en un nivel informal con los reguladores sectoriales. En estos casos, la iniciativa para que la autoridad tome una posición puede venir de la misma autoridad o por invitación del regulador.

Con base en las contribuciones proporcionadas por los miembros de la RICE y sin pretender ser exhaustivos, en lo que sigue se examinan tres factores clave que probablemente afectan la efectividad de la abogacía por la competencia en el

curso de la consulta legislativa o regulatoria, específicamente: el tiempo de la consulta, el estatus obligatorio o no obligatorio de la consulta y el grado de obligatoriedad de las recomendaciones hechas.¹⁴

Esto no implica que cualquiera de estos factores por sí mismo sea, es en última instancia, decisivo para el éxito o fracaso de las iniciativas de abogacía. Más bien, parece que es la combinación apropiada de estos factores, adaptada al entorno político y legal local, lo que más importa. Además, la cultura política en una determinada jurisdicción puede también jugar un papel clave. Evidentemente, para las muy pocas agencias miembros de la RICE que no están en absoluto involucradas en el proceso legislativo o regulatorio, esta posición no es propicia para la eficiente abogacía por la competencia.

La Oportunidad de Consulta en el Proceso Legislativo o Regulatorio

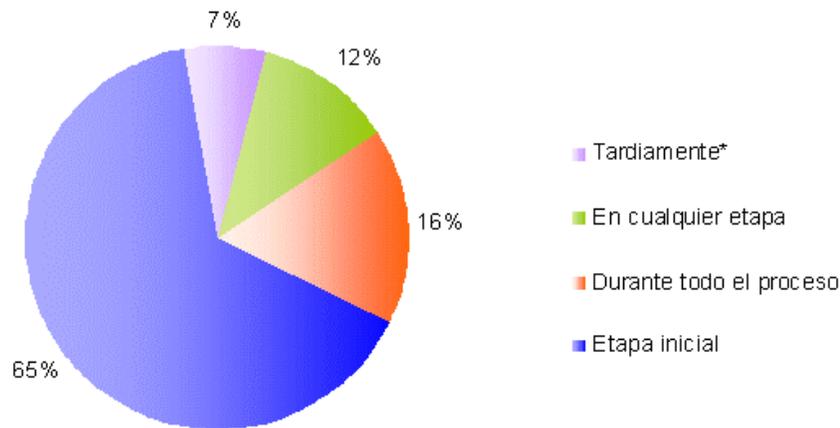
Uno de los tópicos más importantes en este contexto, es que el momento en el que la autoridad incluye elementos de abogacía durante el proceso legislativo o regulatorio, debe ser el apropiado.

Primera, la misma autoridad de competencia depende de estar informada a tiempo del avance de proyectos de reforma pendientes para poder evaluar su impacto en la competencia. Si el tiempo de consulta es muy limitado, cualquier consulta puede volverse una mera formalidad de procedimiento.

En segundo lugar, el impacto de las iniciativas de abogacía en un proceso legislativo o regulatorio en marcha puede diferir dependiendo del momento en que la autoridad de competencia proporcione su punto de vista sobre ese proceso. En la medida en que los proyectos de reforma estén aún en la etapa de diseño, las observaciones técnicas pueden aún ser integradas al cuerpo de reglas sin mayor dificultad. Por otro lado, cuando un anteproyecto de reglas ya ha sido presentado al Gabinete o incluso al Parlamento, el legislador competente puede estar menos inclinado a hacer cambios al anteproyecto casi terminado.

¹⁴ Evidentemente, una recomendación completamente obligatoria ya no es una recomendación.

Gráfica 10. Participación de las autoridades de competencia en el proceso regulatorio



Respuestas registradas: 43

* Las autoridades sólo participan cuando la iniciativa ha sido presentada al Congreso o Parlamento, o una vez que ha sido enviada al regulador o al Gabinete.

Las respuestas al cuestionario por los miembros de la RICE, demuestran que el momento en que la autoridad de competencia es consultada durante el proceso legislativo o regulatorio varía enormemente. (ver gráfica 10) Mientras que algunas agencias son consultadas en las etapas del proceso una sólo vez, otras pueden intervenir en varias etapas del procedimiento o incluso acompañar, continuamente todo el proceso completo continuamente:

[...] Las agencias de competencia pueden y proporcionan testimonio formal en las audiencias legislativas y son consultadas rutinariamente por el personal legislativo en varias ocasiones durante el proceso legislativo.

Una proporción considerable de agencias expresan que son informadas, de alguna forma, sobre los proyectos legislativos o regulatorios durante las primeras etapas del procedimiento de reforma. Algunas agencias incluso expresan ser informadas desde el inicio de dichos procedimientos. Esto resultará en una asociación relativamente cercana de la autoridad de competencia con estos procedimientos.

[...] La Autoridad de Competencia participa desde el inicio del proceso con el ejecutivo en la formulación de la propuesta para el órgano legislativo (Congreso) y continúa participando en la discusión en el Congreso como un apoyo técnico.

Una temprana consulta a la autoridad de competencia en el proceso legislativo o regulatorio es generalmente considerada como una herramienta importante y eficiente en su papel de abogacía, como bien se ilustra en el siguiente declaración:

[...] Generalmente es más eficiente estar involucrado en una etapa temprana del proceso legislativo o aún antes de que el proceso haya iniciado. Las propias iniciativas de la Autoridad de Competencia permiten a la Autoridad identificar los problemas relevantes y proponer medidas que busquen aumentar la competencia a su propia discreción. Las opiniones solicitadas por una Secretaría o por otras autoridades del Gobierno [...], típicamente dejan menos discreción a la Autoridad de Competencia. Por otra parte, en virtud de que se le ha pedido explícitamente a la Autoridad de Competencia que emita una declaración, existe una mejor probabilidad de que dicha declaración reciba la atención apropiada.

Las agencias que son consultadas más tarde dentro del proceso, tienden a ver esto como un impedimento para completar su misión de abogacía. Más concretamente, es probable que se den los siguientes problemas en tales circunstancias. Ya sea que no se le informe adecuadamente a la agencia de competencia para que haga el análisis apropiado de la situación, como se ejemplifica en las siguientes declaraciones:

[...] En algunos casos, importantes iniciativas han sido dadas a conocer sólo en etapas muy tardías del proceso para que cualquier intervención de la Autoridad sea decisiva, particularmente en relación a legislación secundaria (e.g. Órdenes Secretariales) en las cuales la consulta no tiende a ocurrir.

[...] Sin embargo, algunas veces únicamente somos informados respecto de los aspectos anteriores en las reuniones de las Secretarías Administrativas del estado, y por lo tanto en esos casos somos excluidos de debates anteriores.

o que el proceso legislativo puede estar ya muy avanzado, de tal forma que los comentarios técnicos ya no son tomados en cuenta con facilidad por el legislador o el regulador. En este sentido, varias autoridades han sugerido que información y consultas más tempranas mejorarían substancialmente su papel de abogacía:

[...] Se pueden lograr mejoras al ser incluidos en el proceso legislativo desde el inicio, en particular siendo invitado para participar en el grupo de expertos o intersecretarial que diseña el marco regulatorio. El ser invitado para dar una opinión respecto de una nueva regulación, en la etapa del procedimiento de consulta de los funcionarios involucrados, es muy tarde para obtener resultados satisfactorios.

Mecanismos de Consulta Obligatorios o Discrecionales

Un segundo factor que puede determinar con cuánta efectividad puede desempeñar una agencia su papel de abogacía, es si las leyes nacionales hacen obligatoria la consulta la autoridad de competencia.

Más de un tercio de las autoridades de competencia en la encuesta reportaron estar siempre informados sobre los proyectos de regulación sectorial (ver Gráfica 11). Lo anterior excluye aquellas agencias que solamente tienen facultades jurisdiccionales y que por lo tanto, no participan en la formulación de las políticas sectoriales y de competencia. Este resultado se deriva de lo siguiente:

- En varios casos, la legislación de competencia o alguna otra establece que la autoridad de competencia sea consultada por el ejecutivo o el legislativo antes de emitir una ley o regulación;
- En otros casos, la autoridad de competencia participa por su propio derecho o a petición de la autoridad reguladora en los comités de desarrollo político y legislativo de alto nivel.

Gráfica 11. Qué desencadena la participación de la autoridad de competencia en las propuestas de reforma sectoriales?



Respuestas registradas: 47

Cuando la consulta es obligatoria, la autoridad de competencia se encuentra en una posición privilegiada y posiblemente legalmente protegida, para hacer que sus

observaciones sean conocidas por el legislador. En estos casos dicha consulta obligatoria aplica horizontalmente y los resultados parecen ser alentadores:

[...] A la autoridad de competencia se le confiere el poder de Consulta Legislativa Previa, al obligar a cualquier agencia administrativa que pretende establecer una ley o aplicar una política de naturaleza anticompetitiva, a consultarlo con la autoridad de competencia previamente. Además, aun de acuerdo con otras leyes (como la Ley de Comercio Exterior o la Ley de Seguros Comerciales), se incluyen algunas disposiciones que obligan a las agencias de Gobierno responsables a consultar con la autoridad de competencia, de antemano, cuando intenten ejecutar medidas anticompetitivas.

Por el contrario, otras autoridades de competencia afirman tener acceso limitado al proceso de decisión regulatoria. Al comentar cómo funciona el sistema, algunos parecen insatisfechos con la frecuencia y el momento de las consultas:

[...] La Autoridad no es consultada por el Gobierno en forma regular sobre nuevas propuestas legislativas y regulatorias. Creemos que una disposición que hiciera a la Autoridad parte del mecanismo de consulta dentro del Gobierno, sería extremadamente útil.

Un sistema de consulta con estas limitaciones puede ser parcialmente compensado por las opiniones de oficio, un 23% de las agencias que respondieron tiene facultades para emitir las. Sin embargo, las acciones de oficio están restringidas ya que requieren del conocimiento previo y a tiempo por parte de la autoridad de competencia, respecto de una reforma o sobre el proceso de diseño. Las autoridades preferirían una consulta más sistemática, posiblemente mandada por la ley.

En ciertas jurisdicciones en particular, una consulta obligatoria está limitada a aspectos que afectan directamente la legislación de competencia como tal, mientras que para otros proyectos que afectan la competencia la consulta es discrecional, como a continuación se ejemplifica:

[...] El Servicio de Competencia es informado inmediatamente por el ejecutivo sobre propuestas de reforma a la legislación de competencia. Respecto a otras propuestas de reforma con impacto en la competencia, el Servicio de Competencia es informado en etapas posteriores.

La situación reportada por los miembros de la RICE de países en desarrollo se considera menos favorable que en los países industrializados. Las autoridades de competencia de los países en transición y en desarrollo consideraron que en promedio, sus opiniones y recomendaciones a los hacedores de política son efectivamente observadas en el 57% de los casos, mientras que esta cifra alcanza el 75% en los países desarrollados. En los primeros países se considera que la discrecionalidad al hacer política es alta.

Vinculatoriedad de las Opiniones

Un tercer factor a considerar cuando se evalúa la efectividad de la abogacía por la competencia es si las opiniones emitidas por la autoridad de competencia son vinculatorias para las autoridades que toman las decisiones. La posibilidad de influenciar el resultado de una política pública o un proceso regulatorio es enorme, siempre y cuando los organismos encargados de la toma de decisiones estén obligados por la ley a atender el consejo de la autoridad de competencia.

Evidentemente, cuando las opiniones son vinculatorias, el impacto de la abogacía por la competencia puede ser enorme. Sin embargo, se debe tener en mente, que las autoridades de competencia usualmente no poseen un mandato democrático tan directo como el Gobierno o el Parlamento. Por tanto, no parece realista que poderes tan amplios sean otorgados a las autoridades de competencia, aparte de los problemas de rendición de cuentas que se producirían.

Sin embargo, de acuerdo a las respuestas de las autoridades hay cierto grado de insatisfacción debido a la naturaleza no-vinculatoria de las opiniones y recomendaciones:

(...) Invertimos una enorme cantidad de tiempo en la actividad de abogacía, sin embargo, las recomendaciones, opiniones y consejo experto solo tienen un efecto limitado sobre el conocimiento público de los beneficios de la competencia. Por tanto, en cierta medida, el papel de abogacía por la competencia puede causar insatisfacciones. Esto se debe también al hecho de que las actividades de abogacía no son vinculatorias.

Algunos miembros mencionaron que obligar a los diseñadores de política económica que desdeñan el consejo de las autoridades de competencia a justificar porque decidieron en contra del mismo, mejoraría sus capacidades de abogacía. En algunas legislaciones esto ya ha sido implementado:

De acuerdo a la Ley de Competencia, si la práctica anticompetitiva es una consecuencia directa o necesaria de la regulación pública, el Consejo no puede usar la regla de prohibición. Sin embargo, el Consejo puede puntualizar el efecto potencialmente adverso a la competencia a la Autoridad correspondiente y hacer recomendaciones. La autoridad está obligada a responder dentro de tres meses. La "carta" es hecha pública y resulta interesante para los medios de comunicación. En muchos casos la Autoridad deroga o cambia sus prácticas anticompetitivas.

Aunque este todavía no es el caso, algunas agencias comentaron que ellas esperarían mejoras a su papel de abogacía si los legisladores tuvieran la

obligación de dar las razones por las cuales no adoptan el consejo de la autoridad de competencia:

Sería extremadamente provechoso si hubiera alguna obligación para órganos legislativos de responder a las recomendaciones hechas por la Autoridad, particularmente si a las opiniones de la autoridad no se les presta atención.

Modificar las leyes para que los Reguladores deban requerir la opinión de la Comisión de Libre Competencia antes de resolver sobre alguna materia pendiente. Esto implicaría una obligación de respaldar sus decisiones en caso de no estar de acuerdo con la opinión de la Comisión.

Sin embargo, hablando realistamente, aún tal etapa puede no ser factible cuando la abogacía por la competencia es dirigida directamente al Parlamento.

Otra variación del mismo tema es interponer una controversia entre el departamento del Ministerio encargado del proyecto de ley y la autoridad de competencia, ante el nivel político del gobierno.

También se ha observado que en muchas jurisdicciones no hay reglas formales que rijan el proceso de abogacía por la competencia. En algunos casos esta observación puede ser atribuida al hecho de que en el pasado la abogacía por la competencia no fue siempre considerada como una tarea clave por las autoridades de competencia, y de aquí que no exista una disposición para tal efecto en la legislación.

Cuando están ausentes las reglas específicas sobre abogacía, con frecuencia hay un deseo generalizado entre muchas agencias miembros de la RICE, de establecer algún tipo de procedimiento de salvaguarda, o “institucionalización” o “formalización” del proceso de consulta. Esto, se piensa, puede reforzar el papel de abogacía. Tal deseo es sin embargo menos pronunciado en los regímenes de competencia maduros. En estos sistemas, el mecanismo de consulta informal puede operar satisfactoriamente.

(...) No hay un requerimiento específico en la jurisdicción de las autoridades gubernamentales de dar oportunidad a la Autoridad de Competencia de comentar los proyectos de decisiones o nuevas regulaciones. Sin embargo, dos importantes aspectos deben ser considerados con el fin de completar y calificar la respuesta a esta pregunta.

Primero, hay un sistema de consulta bien establecido en nuestra jurisdicción (...) La autoridad de Competencia es frecuentemente invitada a dar su punto de vista sobre tales propuestas (...)

Segundo, (...) La autoridad también analiza las leyes y regulaciones existentes y reporta sobre alguna distorsión de la competencia que pueda ser resultado de estas regulaciones.

Abogacía por la Competencia en los Procesos de Privatización y Desregulación

Donde las actividades previamente reservadas al Estado se abren a la competencia, los activos del estado se privatizan y se otorgan permisos y concesiones para permitir a los inversionistas privados entrar en sectores previamente cerrados. Las concesiones también son otorgadas a agentes privados en sectores con un fuerte potencial de desarrollo, con o sin la desincorporación de los activos mantenidos por las empresas propiedad del Estado.

[...] La Autoridad de Competencia aboga por el rápido y efectivo desarrollo de la competencia en sectores recientemente abiertos a la competencia, y trabaja conjuntamente con los reguladores para lograrlo. Algunos sectores de la economía, tales como generación de electricidad, telecomunicaciones y transporte son dominados por compañías propiedad del Estado, las cuales tenían hasta hace muy poco, un monopolio legal. Muchos de estos sectores actualmente están en transición hacia estructuras más competitivas. Aspectos de la transición tales como, la forma en la cual un monopolio se separa, las facultades otorgadas al regulador, o el mantenimiento de privilegios especiales para una organización en particular, afectarán la rapidez y efectividad del desarrollo de la competencia. La autoridad monitorea estos sectores, comenta las propuestas (por ejemplo, Libro Verde o Libro Blanco) y los proyectos de legislación, y publica su punto de vista. La Autoridad también ha estado activa en otras áreas incluyendo licencias de licores, taxis, bares, farmacias y profesiones en general.

La reforma regulatoria ligada a estos procesos de liberalización, ha conducido en algunos casos, a la aplicación de la ley de competencia en estos sectores. Sin embargo en otros, la jurisdicción total es otorgada a un regulador, cargando con la responsabilidad de diseñar y aplicar una política de competencia para el sector específico.

Teniendo la facultad para emitir opiniones o recomendaciones, las autoridades de competencia expresaron su preocupación respecto a las distorsiones sobre la competencia en los procesos de privatización y desregulación, particularmente para evitar la asignación indebida de los activos privatizados, así como de la generación de estructuras de mercado desfavorables a la competencia.

[...] La Comisión también verifica que el procedimiento de privatización sea estructurado y conducido sobre bases no discriminatorias. De aquí que las posturas potencialmente menos competitivas de los licitantes

preferidos por la autoridad que adjudica los bienes sobre la base de su origen/nacionalidad no deben tener prioridad.

[...] El examen de los acuerdos de privatización para determinar si existen o no disposiciones que pudieran resultar en una reducción sustancial de la competencia.

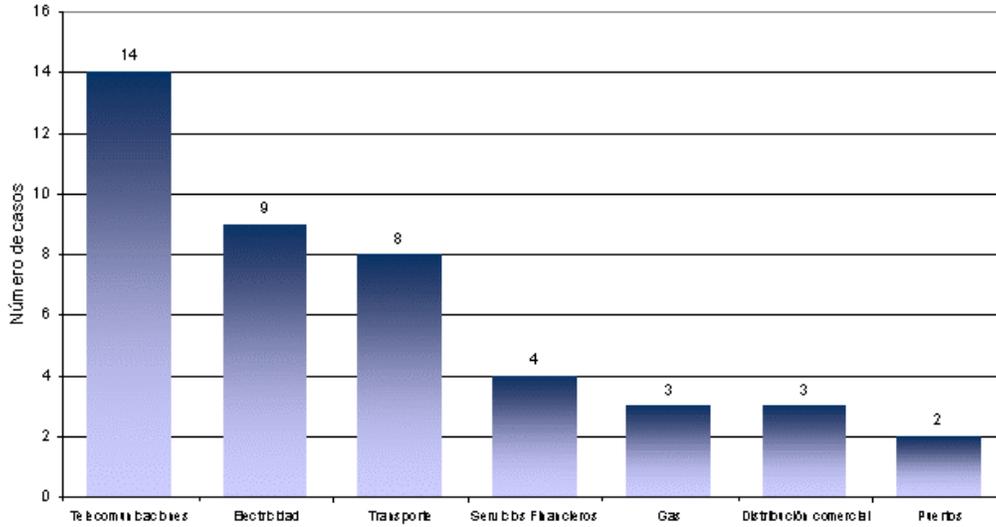
[...] Los procesos de privatización deberían seguir un camino que conduzca a la creación de una estructura de mercado que favorezca la competencia, y es necesario realizar este objetivo en paralelo con mejoras a la economía de mercado

Los miembros de la RICE mencionaron que en estos casos las autoridades de competencia no participan directamente en los procesos de privatización porque carecen de las facultades para hacerlo, sus opiniones no-vinculatorias y recomendaciones tienen mayor probabilidad de ser observadas por los reguladores siempre que la autoridad de competencia conserve sus poderes para revisar y bloquear la participación de los candidatos en las licitaciones de los activos objeto de la privatización.

Adicionalmente, las autoridades de competencia consideraron que su papel de abogacía es también reforzado cuando conservan la facultad de conducir investigaciones por prácticas anticompetitivas. Este elemento es importante para todos los países que realizan procesos de privatización y reforma sectorial, pero han sido de especial relevancia para los países en transición y en desarrollo ya que estos han estado particularmente ocupados con tales procesos.

Las autoridades de competencia reportaron contribuciones exitosas, en términos de su efecto, de la abogacía por el proceso de competencia en sectores tales como telecomunicaciones, electricidad y transporte, entre otros (ver Gráfica 12). En estos casos su mayor contribución ha estado relacionada con el proceso de privatización, seguido por la regulación de precios y el otorgamiento de licencias y permisos por parte de las agencias regulatorias (ver gráfica 13).

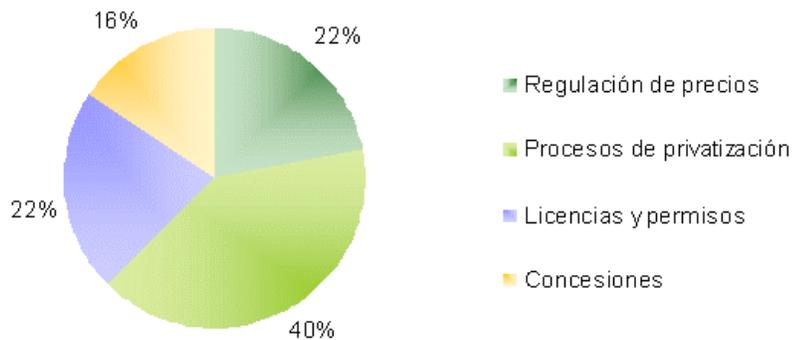
Gráfica 12. Abogacía más exitosa por sector



Respuestas registradas: 41

Advertencia: La suma de las opciones es mayor a la suma de las respuestas registradas debido a que algunas autoridades seleccionaron más de una opción.

Gráfica 13. Participaciones más exitosas de la autoridad de competencia en los procesos de privatización, otorgamiento de concesiones, licencias y permisos, y regulación de precios

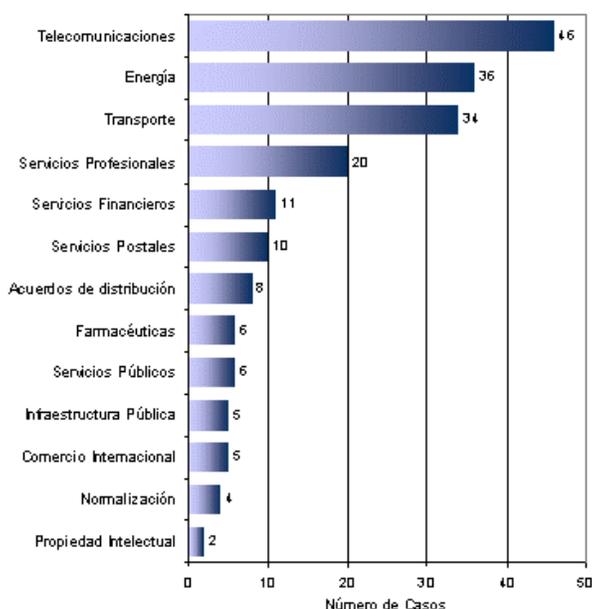


Respuestas registradas: 25

Mecanismos Más Frecuentemente Usados por las Autoridades para Abogar por la Competencia

Las autoridades de competencia participan en el proceso de reforma regulatoria proveyendo opiniones, haciendo recomendaciones o evaluando las regulaciones sectoriales con el fin de asegurarse que no interfieran con la legislación de competencia. Como se observa en la gráfica 14, las autoridades de competencia estuvieron involucradas en labores de abogacía por la competencia en sectores regulados, tales como telecomunicaciones, energía y transporte entre otros.

Gráfica 14. Abogacía en sectores específicos



Respuestas registradas: 47

Advertencia: La suma de las opciones es mayor a las respuestas registradas. Las autoridades encuestadas seleccionaron más de una opción.

De acuerdo a las respuestas del cuestionario, la contribución de las autoridades de competencia a los procesos de desregulación y privatización también puede hacerse al menos por tres vías diferentes: la primera consiste en la elaboración de estudios sectoriales específicos orientados al examen de las estructuras de mercado, enfatizando los beneficios de permitir el acceso e introducir competencia en los mismos. Según algunas autoridades de competencia, tales estudios las han provisto de los elementos para participar activa y efectivamente en los procesos de desregulación y privatización, generando acciones por parte del regulador (posiblemente en cooperación con las autoridades de competencia) que han conducido a un ambiente más competitivo.

Los estudios de mercado han permitido a las autoridades de competencia proveer a los reguladores con elementos para detectar y suprimir distorsiones en el

mercado así como restricciones a la entrada, lo cual ha ayudado a los reguladores a establecer una mejor regulación de precios, a fijar condiciones de acceso adecuadas a la industrias de red e impedir concentraciones dañinas para la competencia.

Las autoridades encuestadas consideraron que además de los estudios, otros factores promovieron la liberalización y apertura de algunos sectores. La participación activa de grupos industriales o profesionales es importante, pero sobretodo, la mayor motivación de los procesos de liberalización proviene de las obligaciones derivadas de los acuerdos económicos bilaterales o multilaterales.

La segunda vía que induce a esquemas de desregulación y privatización favorables a la competencia consiste en la suscripción e implementación de acuerdos de cooperación entre las agencias reguladoras sectoriales y autoridades de competencia. Tales acuerdos son particularmente útiles para detectar prácticas restrictivas de la competencia por parte de los agentes económicos regulados.

Una tercera forma es la redacción de guías y códigos de conducta sectoriales o de cumplimiento de la ley de competencia en los sectores recientemente liberalizados.

Mayores Obstáculos a la Abogacía por la Competencia en Sectores Específicos.

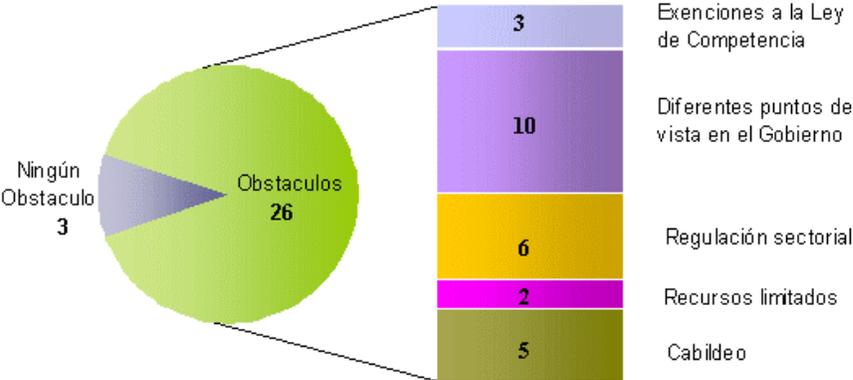
Los miembros de la RICE consideraron que el obstáculo más importante a sus labores de abogacía surge de los diferentes objetivos y opiniones sustentados por otras autoridades gubernamentales. Las agencias responsables de procesos de privatización y/o reforma regulatoria pueden ser reticentes a dar prioridad a las recomendaciones relacionadas con competencia debido a que buscan entre otras cosas, maximizar el ingreso gubernamental, proteger a grupos sociales en particular, fomentar la inversión otorgando cierto grado de protección, atender cuestiones ambientales o laborales, así como también la preservación de intereses sectoriales específicos que aseguren el apoyo de los políticos.

De acuerdo a las respuestas del cuestionario, este problema es más importante en jurisdicciones donde la cultura de competencia está menos enraizada. En tales casos puede ser crucial construir un consenso público a favor de la reforma regulatoria, y proveer argumentos persuasivos para el cambio. Se ha argumentado que para el regulador frecuentemente puede ser más difícil no tomar en cuenta la posición de abogacía de la autoridad de competencia cuando ésta es del dominio público.

Un desafío para muchas de las autoridades de competencia es adquirir una base suficiente de conocimientos técnicos y experiencias en los sectores materia de regulación específica, para asegurarse que el representante de la autoridad de competencia esté bien calificado y pueda influir en el resultado final del proyecto legislativo o regulatorio. Esto es especialmente cierto para algunos países en

transición o desarrollo que han reportado estar atrapados en una combinación de los siguientes factores: falta de expertos, escaso reconocimiento público y ausencia de cooperación por parte de otras autoridades públicas. Tales países también reportaron como una razón frecuente para la falla en la abogacía por la competencia, el efecto social de las empresas en quiebra y los escasos recursos financieros, mientras que para los países desarrollados, el interés general o consideraciones sobre servicio universal fueron las razones prevalecientes (gráfica 15).

Gráfica 15. Obstáculos a la abogacía en los procesos regulatorios, de privatización y otorgamiento de concesiones



Respuestas registradas: 29

Las regulaciones sectoriales pueden también limitar el alcance de las agencias de competencia al establecer un régimen de competencia en ciertos sectores regulados.

Más aún, hay un número importante de jurisdicciones de la RICE donde los sectores regulados están explícitamente exceptuados de la aplicación de las leyes de competencia. La autoridad de competencia puede, sin embargo, usar su capacidad informal o persuasiva para tratar de influenciar el marco regulatorio:

“En la medida en que las disposiciones legales impiden la competencia en el mercado de ciertos bienes o servicios, tales disposiciones prevalecen sobre las de la Ley de Carteles. Pero aún en ese caso, de acuerdo al artículo 45 de la ACART la Comisión puede dirigir recomendaciones a las autoridades en todo momento”.

Los regímenes de excepción también fueron mencionados como uno de los mayores retos a las labores de abogacía. Algunas autoridades de competencia señalaron que pueden promover la eliminación de tales regímenes, particularmente en sectores donde los monopolios han existido tradicionalmente. Aunque no es responsabilidad de las autoridades de competencia decidir sobre la validez de los regímenes de excepción, ellas recomiendan detenerlos y revertirlos. También emiten recomendaciones para limitar el número de exenciones a un mínimo justificado por consideraciones políticas legítimas, y ofrecen consejo sobre cambios a la regulación para hacerla más compatible con los principios de competencia.

En muchos países en desarrollo las excepciones son establecidas por la Constitución Nacional lo cual limita la posibilidad de abogar por su eliminación. Unos pocos países en desarrollo miembros de la RICE han expresado su acuerdo con las excepciones a la aplicación de las leyes de competencia. Ambas situaciones explican parcialmente porque los países desarrollados abogan más frecuentemente por la eliminación de las excepciones (82 %) que los países en transición y en desarrollo (60 %).

Para reforzar la efectividad de las labores de abogacía, las autoridades encuestadas consideraron que ellas debían tener la posibilidad de:

- asesorar a otras autoridades o entidades públicas para modificar sus programas legislativos ó regulatorios;
- identificar y hacer comentarios sobre restricciones impuestas a la competencia en la economía por alguna ley, regulación o decreto administrativo;
- estudiar y analizar alguna práctica o comportamiento que afecte o pueda afectar a la competencia en los mercados de bienes y servicios;
- informar al público acerca de cuestiones de competencia, tan amplia y abiertamente como sea posible.

Estas actividades pueden ser más fáciles de emprender cuando los mecanismos de consulta son obligatorios. Esto asegura que la autoridad de competencia sea informada en las etapas iniciales del proceso de redacción de las nuevas iniciativas, y refuerza la efectividad de su trabajo de abogacía.

3.4. Interacción entre Aplicación de la Ley y Abogacía por la Competencia

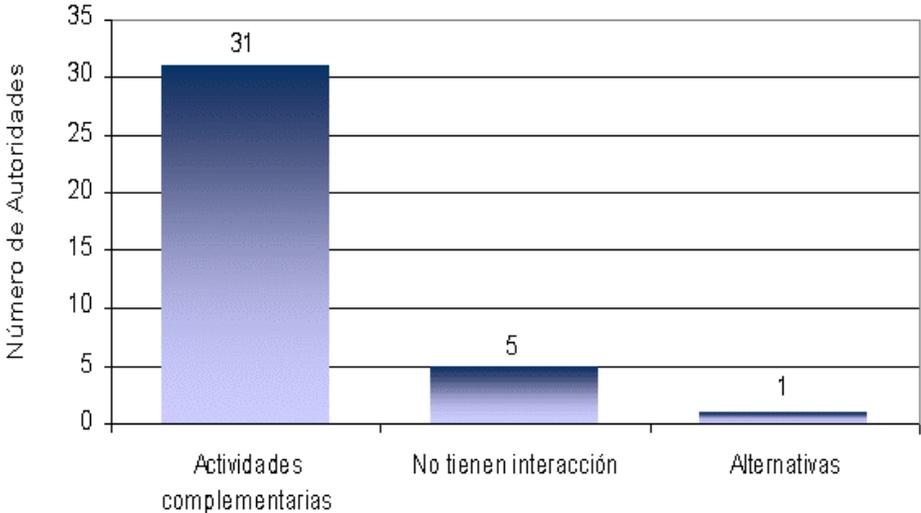
Algunos países indicaron que la aplicación de la ley y las actividades de abogacía por la competencia persiguen objetivos diferentes, haciendo la siguiente distinción:

La aplicación de la ley pretende eliminar los comportamientos anticompetitivos de los agentes económicos y evitar la concentración indebida en el mercado. La

abogacía por la competencia busca promover la eliminación de regulaciones que distorsionen la competencia en un mercado o impongan barreras a la entrada. La mayoría de los países estuvieron de acuerdo en que la aplicación de la ley y las labores de abogacía por la competencia están interrelacionadas y se complementan una a otra, entre otras cosas porque la difusión de las actividades de aplicación de la ley contribuye a la credibilidad y relevancia a las labores de abogacía. También indicaron que la abogacía por la competencia ha contribuido a liberalizar los sectores cerrados y por lo tanto ha incrementado el objeto de aplicación de la ley en estos sectores. Adicionalmente respondieron que las actividades de aplicación de la ley han proveído al equipo de la autoridad de competencia con el conocimiento necesario para abordar estos sectores. (gráfica 16)

Por otro lado, los programas de abogacía por la competencia complementan la aplicación de la ley porque difunden el conocimiento de la legislación de competencia y por lo tanto promueven su observancia y estimulan la denuncia de prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia.

Gráfica 16. Interacción entre los programas de aplicación de la Ley y de Abogacía por la Competencia



Respuestas registradas: 37

Estas opiniones son ilustradas por las siguientes observaciones hechas por los encuestados:

“Hay una interacción directa entre los dos programas, porque son partes del programa de la autoridad de competencia en su conjunto. En

general, la implementación del programa de abogacía asiste al programa de aplicación de la ley”.

“Las actividades de aplicación de la ley así como las de abogacía son ambas muy importantes por si mismas. El trabajo de aplicación de la ley es esencial para reducir o prevenir comportamientos y barreras estructurales a la competencia erigidas por las empresas. El trabajo de abogacía es necesario, sin embargo, para remover las barreras gubernamentales y regulatorias a la competencia”.

“La principal liga entre las actividades de aplicación de la ley y la abogacía por la competencia puede ser encontrada en que las labores exitosas de abogacía han conducido a la apertura de actividades anteriormente reguladas o protegidas. Es comúnmente aceptado que una vez que las fuerzas del mercado empiezan a operar en un sector, la aplicación de las leyes de competencia será el sucesor natural de la abogacía. Por lo tanto, la abogacía por la competencia, promoviendo la reforma regulatoria y la aplicación de la ley son inseparables, y deberían de ser dirigidas simultáneamente. Una interacción más sutil también puede ser vista cuando, en el largo plazo, los programas exitosos de abogacía dirigidos hacia los hacedores de la política o hacia el público en general conducen a una menor oposición política, situación indispensable para hacer efectivas las decisiones de aplicación de la ley”.

“La abogacía estimula la presentación de casos de competencia (denuncias, acuerdos de notificación,...) a la autoridad de competencia e incrementa el conocimiento de los problemas de competencia en general”.

“La aplicación estricta de la ley puede incrementar la credibilidad de la abogacía”.

En resumen, abogacía por la competencia y aplicación de la ley se apoyan mutuamente de manera importante. La aplicación de la ley es más efectiva conforme el conocimiento de la legislación y política de competencia se difunden como resultado de los programas de abogacía, mientras que la abogacía es facilitada por las actividades exitosas de aplicación de la ley que generan resultados sólidos y consistentes, los cuales dan prestigio y relevancia a las agencias de competencia.

3.5. Abogacía por la Competencia y Opinión Pública

Cultura de la Competencia

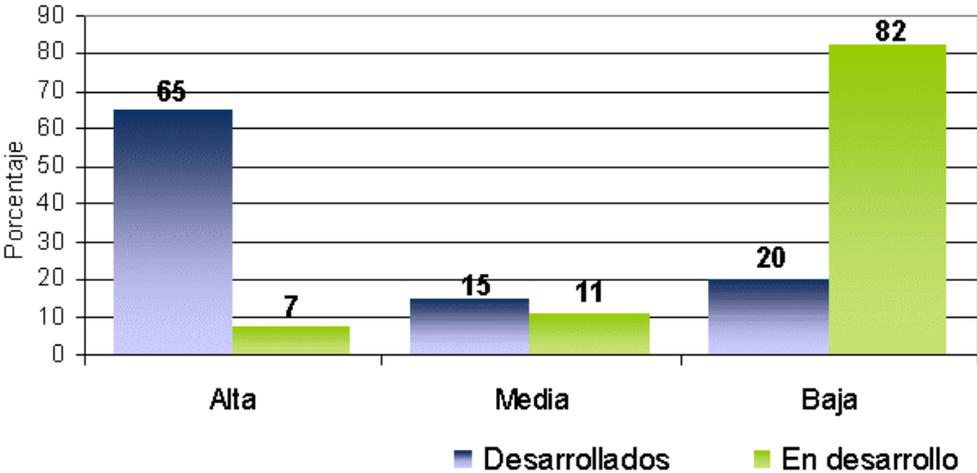
La efectividad de la abogacía por la competencia es afectada significativamente por la medida en la cual, el país en cuestión ha adquirido una cultura de

competencia. El conocimiento de los beneficios de la operación competitiva de los mercados entre la comunidad de negocios, otras agencias gubernamentales, la academia y, en general, la sociedad como un todo, refuerza la capacidad de abogacía de las autoridades de competencia.

A este respecto, 15 agencias de competencia declararon que en sus respectivos países se había alcanzado un alto grado de cultura de competencia, mientras seis autoridades opinaron que la cultura de competencia prevaleciente en su país tiene un nivel intermedio y 27 dijeron enfrentar un bajo grado de cultura de competencia en sus jurisdicciones (gráfica 17).

La cultura de competencia percibida por las autoridades está relacionada con el inicio de la legislación de competencia, así como de la experiencia de la autoridad. Aquellos países que reportaron una sólida cultura de competencia tienen autoridades en esta materia que han estado activas por 29 años en promedio.

Gráfica 17. Percepción de las autoridades sobre la cultura de competencia en sus respectivos países



Respuestas registradas: 48

Esta cifra desciende a 21 años para aquellos países que reportaron un nivel medio de cultura de competencia y a sólo nueve años para aquellos con una cultura de competencia endeble. De manera similar, la cultura de competencia percibida por las autoridades está también asociada al nivel de desarrollo. Los niveles altos han sido alcanzados en su mayoría por países industrializados, mientras que casi todos los países en transición y los menos desarrollados reportaron bajos niveles de cultura de competencia.

La débil cultura de competencia en ciertos países en desarrollo se explica por los cambios relativamente recientes en las políticas públicas, en la planeación central o en los esquemas proteccionistas a la liberalización y en las políticas orientadas hacia el mercado. Esta breve experiencia en la aplicación de la ley puede, sin lugar a dudas, explicar que la mayor parte del trabajo en los países en desarrollo y en transición deba hacerse para influenciar a los grupos de interés y sus partidarios.

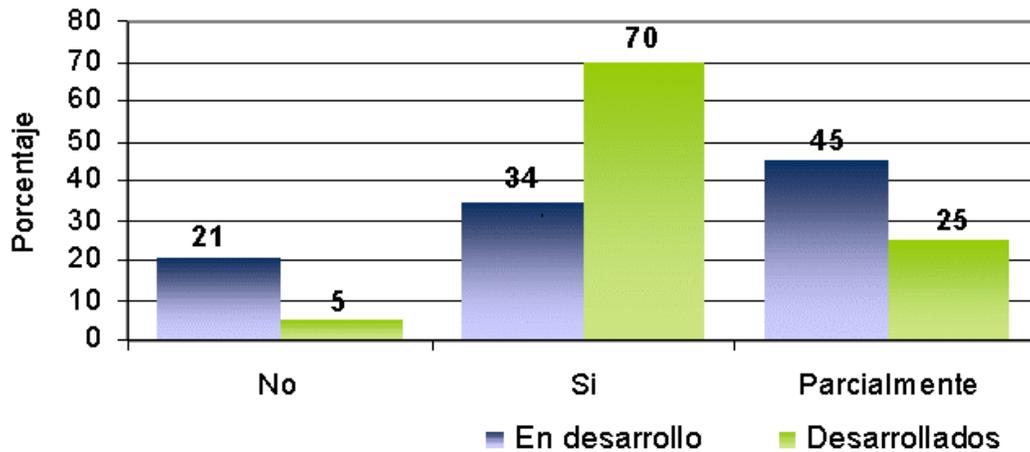
Las autoridades de competencia en los países en desarrollo que reportaron tener un conocimiento intermedio de los beneficios de la competencia relacionan este resultado con las experiencias en sectores abiertos a la competencia internacional, incluyendo algunas de las actividades más dinámicas tales como telecomunicaciones y electricidad.

Un país en desarrollo que reportó un alto nivel de cultura de competencia, consideró que este resultado se debe a la buena reputación de su autoridad de competencia. Por otro lado, cuando se preguntó acerca del conocimiento de la materia de competencia por parte de grupos específicos tales como otras autoridades y los tribunales, el 66% de las autoridades de competencia en los países en desarrollo afirmaron que esas entidades estaban escasamente familiarizados o no tenían ningún conocimiento sobre los beneficios de la competencia. En contraste, las entidades gubernamentales y los tribunales en los países industrializados son percibidas teniendo un sólido conocimiento de los beneficios de la competencia, dado que el 70% de los miembros de la RICE en esta categoría respondieron en ese sentido (gráfica 18).

En términos generales, la resistencia hacia las actividades de abogacía parece ser menor en los países desarrollados que en las economías en transición ó en desarrollo. En los países en desarrollo son necesarias más actividades de abogacía, principalmente para tratar de compensar las omisiones y fallas de otras autoridades y prevenir las conductas anticompetitivas de los agentes privados. Cuando las autoridades realizan este trabajo, con frecuencia se encuentran ante una situación de escaso apoyo.

En ausencia de un común denominador para todas las autoridades de competencia, las diferencias en cultura de competencia dependen del tiempo necesario para difundirla en toda actividad económica y en la sociedad, del tiempo necesario para la transición económica y reforma regulatoria, de la influencia de los políticos y los sindicatos y de las relaciones de la autoridad con otras instituciones, tales como el gobierno, parlamento, los tribunales, etc.

Gráfica 18. Familiaridad con los beneficios de la competencia por parte de los gobiernos y los tribunales



Respuestas registradas: 52

Una vez que las principales causas de las diferencias y cultura de competencia han sido señaladas, es importante detectar los grupos de interés y partidarios que deberían de ser el objetivo de las labores de abogacía. Considerando este aspecto la mayoría de las agencias de competencia indicaron que la comunidad académica, las asociaciones de consumidores y los medios de comunicación son los tres principales grupos que apoyan la política de competencia y las actividades de abogacía por la misma. Un nivel intermedio de apoyo se encuentra entre los congresistas, las asociaciones profesionales y las asociaciones comerciales. El apoyo más débil es otorgado por las asociaciones empresariales, los sindicatos y los gobiernos locales.

Dentro de los grupos seleccionados hay algunos que apoyan y otros que se oponen a las actividades de abogacía. Esto refleja principalmente el hecho de que un grupo puede estar de acuerdo en un asunto en particular y oponerse en algún otro. El resultado obtenido refleja probablemente el hecho de que las autoridades de competencia basan sus decisiones primordialmente en criterios técnicos y legales. Es por lo tanto relativamente fácil obtener la simpatía de, por ejemplo, la comunidad académica que confía más en consideraciones técnicas. Las organizaciones con un perfil más político basarán frecuentemente sus opiniones en función de la rentabilidad política que puedan obtener de apoyar un asunto en específico, por tanto es de esperarse que ellos manifiesten su apoyo u oposición a la política de competencia dependiendo de la dirección en que se mueva el consenso político.

Considerando sólo las respuestas de los países en desarrollo, las asociaciones empresariales y profesionales, así como los congresistas deberían de ser los objetivos específicos de la abogacía por la competencia debido a que estos grupos parecen ser los principales disidentes junto con los gobiernos locales y los sindicatos (los cuales constituyen también los principales oponentes a las actividades en los países con mayor cultura de competencia).

Cultura de la Competencia

La
cu

regulatoria y procesos

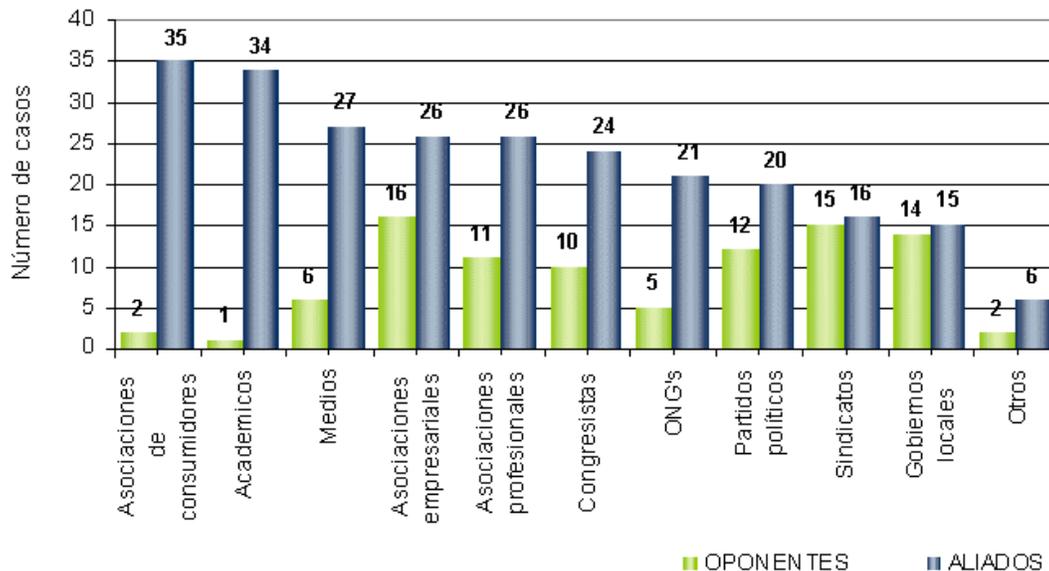
de privatización

- Tiempo transcurrido desde la promulgación de la legislación de competencia/experiencia de los jueces
- Resolución de casos importantes con cobertura significativa en los medios de comunicación
- Existencia de tribunales especializados en competencia
- Legislación de competencia que impone obligaciones a las entidades federales o estatales
- Discusión pública de los asuntos de competencia dentro de la administración o en el Parlamento
- Interacción con los reguladores/opiniones al Gobierno
- Interacción con asociaciones de profesionales
- Interacción con las universidades
- Publicación de las decisiones y estudios de casos
- Centros de Información
- Liderazgo personal del director de la autoridad de competencia
- Participación de la autoridad de competencia en el gabinete económico
- Enseñanza especializada de técnicas de competencia a los jueces

Razones, en orden de importancia, que explican un nivel bajo de cultura de competencia:

- Reciente promulgación de la legislación de competencia
- Falta de experiencia por parte de los tribunales
- Falta de aceptación, por parte de otras autoridades y de los agentes económicos, de los principios de competencia (oposición ideológica a la competencia)
- Políticas económicas intervencionistas
- Conocimiento limitado de la evolución de los sectores abiertos a la competencia y al comercio exterior
- Ausencia de denuncias y casos presentados ante la autoridad de competencia
- Regulaciones de sectores específicos en contradicción con la legislación de competencia (por ejemplo, conflictos con las legislaciones laboral o ambiental)
- Actividades de difusión o promoción limitadas o nulas
- Estructuras de mercado que facilitan las prácticas anticompetitivas tales como abuso de poder dominante

Gráfica 19. Actitud hacia las labores de abogacía de las autoridades de competencia



Respuestas registradas: 39

Difusión de Iniciativas de Abogacía por la Competencia.

Como complemento a las actividades institucionalizadas de abogacía por la competencia, las agencias miembros de la RICE resaltaron frecuentemente en sus respuestas la importancia de la difusión, o la transparencia de tales iniciativas. Esto forma parte de esfuerzos más amplios para incrementar en la sociedad, el conocimiento de los beneficios de la competencia. Por este medio se pretende constituir una alianza con algunos segmentos de la sociedad y obtener su apoyo para la agenda de competencia. De esta forma, se puede presionar más a otras entidades públicas para que no reviertan fácilmente el trabajo de abogacía por la competencia, a la vez que se incrementa su rendición de cuentas ante la sociedad.

A pesar del reconocimiento general de los beneficios de publicar la posición de la autoridad de competencia, el grado en el que esto es hecho en la práctica difiere ampliamente. Mientras algunos miembros de la RICE buscan publicar todas sus iniciativas de abogacía por la competencia, unas pocas tienden a no hacerlo, o sólo proveer una visión panorámica en sus Informes Anuales.

La herramienta más frecuentemente usada para publicar las actividades de abogacía son las páginas en internet de la autoridad de competencia, los

comunicados de prensa o revistas. Incluso algunas autoridades publican sistemáticamente sus reportes de abogacía:

“Las agencias típicamente emiten comunicados de prensa cuando presentan formalmente comentarios a las agencias regulatorias. Conferencias y comparecencias ante el congreso son hechas públicas rutinariamente, y todos los reportes de abogacía son publicados en las páginas de internet de las autoridades de competencia”.

“Algunos de los reportes son presentados generalmente en la página de internet. La autoridad también hace uso de los medios de comunicación y en algunos casos los comunicados de prensa también son emitidos o algún reporte es difundido. Los miembros del equipo de la autoridad de competencia tienen apariciones frecuentes en radio o televisión para ayudar a transmitir, a la mayor audiencia posible, el mensaje de la autoridad.”

Muchas jurisdicciones expresaron alguna reticencia a publicar sus opiniones sobre los proyectos de reforma que permanecen bajo el dominio del gobierno y aún no han sido difundidos para el debate público.

“Las recomendaciones u opiniones remitidos por el consejo de competencia no son vinculatorias y por tanto no están disponibles para revisión pública”.

“Aquellos responsables (ya sea el ejecutivo o el legislativo) de un proceso de reforma establecen el grado de apertura del mismo. También ellos definen qué aspectos de la reforma son difundidos para el conocimiento del público en general. Esta es la razón por la cual las recomendaciones especializadas de XXX no están disponibles en todos sus detalles para el público en general”.

“Las recomendaciones de XXX sobre proyectos legislativos no están disponibles para revisión pública porque los proyectos no son públicos hasta que no son aprobados por el foro legislativo y publicados en el periódico oficial”.

Las herramientas usadas más frecuentemente para publicar las actividades de abogacía son presentadas en la gráfica 20.

20. Herramientas de abogacía más frecuentemente usadas

Medio		Porcentaje/medio
1) Oficiales	Informes anuales sobre competencia	52%
	Guías de consulta	30%
	Publicación de las decisiones tomadas en la Gaceta Oficial	18%
2) Estudios	Documentos de discusión	9%
	Grupos de estudio	41%
	Reportes de estudios	50%
3) Medios masivos	Boletines de prensa	32%
	Medios electrónicos (Radio y TV)	21%
	Páginas en internet	47%
4) Medios de comunicación selectivos	Artículos en revistas especializadas	6%
	Reuniones de negocios	4%
	Boletines de noticias	26%
	Folletos	13%
	Presentaciones por los directivos de la autoridad	17%
	Seminarios y talleres	34%

Puesto que las actividades de abogacía por la competencia son intrínsecamente comunicativas, la abogacía trata de cubrir sectores o categorías de la población muy diferentes, algunas de las cuales están muy involucradas en el proceso de competencia y desregulación. Con respecto a la herramienta de abogacía más frecuentemente usada, es interesante advertir que en los países desarrollados, los cuales tienen una cultura de competencia más sólida, se presentan los esfuerzos de abogacía a través de medios de comunicación selectivos así como de estudios especializados, mientras que en los países de desarrollo, los cuales están menos conscientes de los beneficios de la competencia, la comunicación se enfoca más a través de los medios masivos de comunicación.

3.6. Recursos Dedicados a la Abogacía por la Competencia

Entre las respuestas de los miembros al cuestionario destacan tres conclusiones que dan lugar a algunas reflexiones institucionales.

Una tercera parte de las autoridades encuestadas identificaron la falta de recursos como uno de los impedimentos clave para sus labores de abogacía. Esta afirmación se aplica en principio a la falta de recursos humanos y financieros pero también a la falta de expertos en ciertos asuntos generales de política de competencia y en algunos sectores específicos. Además, una minoría de las agencias establecieron que la forma en la que el presupuesto les es asignado constituye más un impedimento, que una contribución a su labor de abogacía.

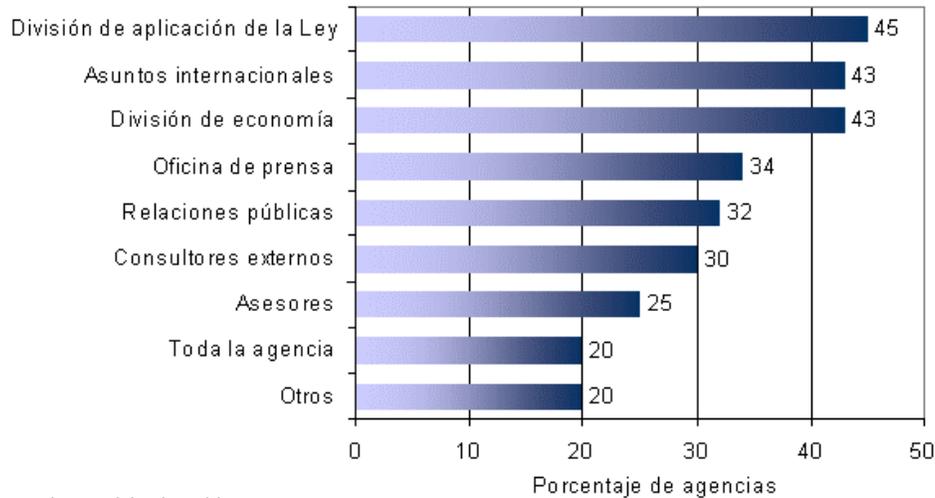
El 45% de las autoridades no tiene un panorama preciso de todas sus actividades de abogacía. Al parecer la abogacía es frecuentemente realizada conjuntamente con las actividades de aplicación de la ley, sin mantener un registro detallado de todas las iniciativas de abogacía generadas.

Esto implica que las autoridades encuestadas no tienen datos precisos acerca de los recursos que actualmente están gastando en las actividades de abogacía.

Recursos Humanos

En general, las autoridades de competencia contestaron que no hay una división en particular dentro de su estructura que se encuentre específicamente a cargo de las actividades de abogacía. En vez de ello, todas las divisiones desarrollan tanto actividad de aplicación de la ley como de abogacía. Los departamentos encargados de aplicación de la ley, principalmente las divisiones de concentraciones e investigaciones, así como el departamento de asuntos internacionales y el de estudios económicos son los que participan con mayor frecuencia en actividades de abogacía y dedican más recursos humanos a tales actividades (ver gráfica 21).

Gráfica 21. Departamentos involucrados en la abogacía por la competencia



Respuestas registradas: 44

A advertencia: La suma de las opciones es mayor a las respuestas registradas. Las autoridades encuestadas seleccionaron más de una opción.

“La labor de abogacía de competencia es realizada por todas las áreas de la XXX”.

“No hay una sección o área dedicada a la abogacía dentro de la XXX. En vez de ello, todas las direcciones y divisiones dentro de la XXX se involucran en actividades relacionadas con la abogacía dentro de su área correspondiente de responsabilidad”.

“Realmente todos están afectados o involucrados cuando es necesario hacerlo, sin excepciones”.

“Todos los departamentos (...) están involucrados en actividades de abogacía”.

“No hay una división o departamento específico de actividades de abogacía por la competencia”.

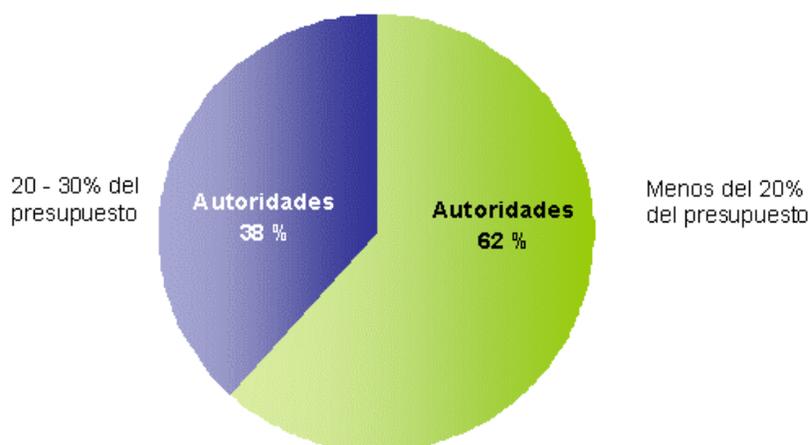
“Cualquiera que sea la materia de la abogacía en cuestión, es el departamento correspondiente (infraestructura, productos y servicios) quien toma la responsabilidad y la desahoga en tiempo debido”.

Presupuesto Anual Dedicado a las Labores de Abogacía por la Competencia

El 70% de las autoridades afirmaron no poder reportar un porcentaje específico del presupuesto anual dedicado a las actividades de abogacía, debido a que no hacen una distinción estadística entre las actividades de aplicación de la ley y las de abogacía.

Aquellos países que pudieron cuantificar los recursos que gastan en abogacía puede ser divididos en dos categorías. El primer grupo (el 38% de los encuestados) comprende autoridades que dedican del 20 al 30% de su presupuesto a la abogacía ; el segundo (62%) incluye autoridades que asignan menos del 20% del presupuesto a las tareas de abogacía por la competencia (ver gráfica 22).

Gráfica 22. Porcentaje del presupuesto anual dedicado a actividades de abogacía por la competencia



Respuestas registradas: 11

En el caso de los países en desarrollo se advirtió que la disponibilidad de opiniones de abogacía es proporcionalmente menor que en los países desarrollados, 48 y 67% respectivamente.

Muchas autoridades de competencia carecen de un panorama general de todas las iniciativas que han promovido durante un periodo determinado, o de los recursos invertidos a ese fin. Se pensaría que algunas agencias podrían beneficiarse de aumentar la transparencia interna de sus labores de abogacía. Los beneficios podrían especialmente ser mayores cuando la responsabilidad y

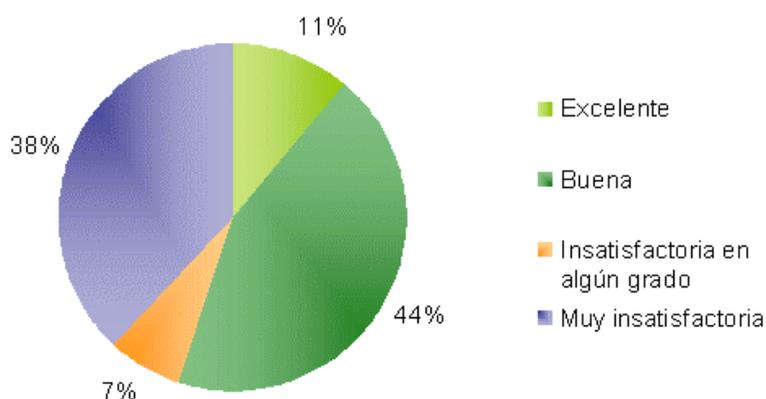
transparencia de las autoridades de competencia pueda ser un elemento importante para incrementar la efectividad de la abogacía.

3.7. Evaluando y Mejorando la Abogacía por la Competencia

Autoevaluación del Papel de Abogacía por Parte de las Autoridades de Competencia

Cuando se les pidió a las autoridades de competencia que evaluaran su papel de abogacía, el 55% calificaron su desempeño como excelente o bueno, mientras el 45% expresaron un desempeño no satisfactorio. (gráfica 23).

Gráfica 23. Autoevaluación de las actividades de abogacía por parte de las autoridades de competencia de la RICE



Respuestas registradas: 45

Ejemplos de los comentarios presentados por aquellas autoridades que consideraron haber hecho un excelente o buen trabajo de abogacía puede ser ilustrado por lo siguiente:

“La (...) ha tenido mejoras en las opiniones que envía, las cuales promueven la competencia en los sistemas anticompetitivos o leyes de otras agencias gubernamentales. También ha realizado esfuerzos para crear una cultura de competencia mediante su participación en el comité de reforma regulatoria y en el comité para la privatización de las empresas propiedad del estado.”

“El papel de abogacía de la (...) es percibido por muchos dentro de un estándar satisfactoria. Esta percepción puede ser atribuida tanto a la estructura institucional única de la (...) la cual permite a este organismo desempeñar sus tareas efectivamente, además se realiza un esfuerzo continuo para promover un amplio rango de iniciativas de abogacía focalizadas y complementarias”.

De acuerdo a las opiniones expresadas por los miembros de la RICE, los principales factores que apoyan una evaluación positiva pueden ser agrupados de la siguiente manera (papel de abogacía satisfactorio):

- Estructura de la autoridad. El desempeño de las autoridades de competencia está íntimamente relacionado con la autonomía operacional otorgada por sus legislaciones. El éxito también depende de la posición de la autoridad al interior de la administración (por ejemplo ministerial) así como también de las condiciones que garanticen su efectiva independencia.
- La participación en el diseño de la política económica. La abogacía es más efectiva cuando la autoridad de competencia puede participar en el proceso de diseñar la política económica, especialmente en el caso de la reforma regulatoria. Esto es así aún cuando las recomendaciones emitidas no sean siempre tomadas en cuenta.
- Los objetivos por la abogacía de competencia. Los objetivos de la labor de abogacía deben ser claros y de acuerdo con las características específicas de cada actividad objetivo. También es necesario planear e implementar agendas precisas para un monitoreo eficiente.
- Política de comunicación. Las actividades de abogacía son completadas más satisfactoriamente cuando la promoción de recomendaciones, opiniones y asesoría, así como también discusiones sobre la ley y políticas de competencia son realizadas a través de la prensa y los medios electrónicos.
- Imagen. La abogacía permite que el público en general se familiarice con la autoridad de competencia y refuerce su imagen.

Por otro lado, los encuestados puntualizaron que la abogacía por la competencia es socavada por el carácter no obligatorio de sus mecanismos de consulta, lo cual debilita su eficacia y hace más difícil la evaluación de su impacto real. Otras razones que explican una evaluación negativa son (insatisfactoria o muy insatisfactoria labor de abogacía):

- Recursos insuficientes. La falta de personal capacitado y recursos materiales impide la asignación de recursos a la abogacía, especialmente cuando no hay provisiones que obliguen a realizar esta actividad.

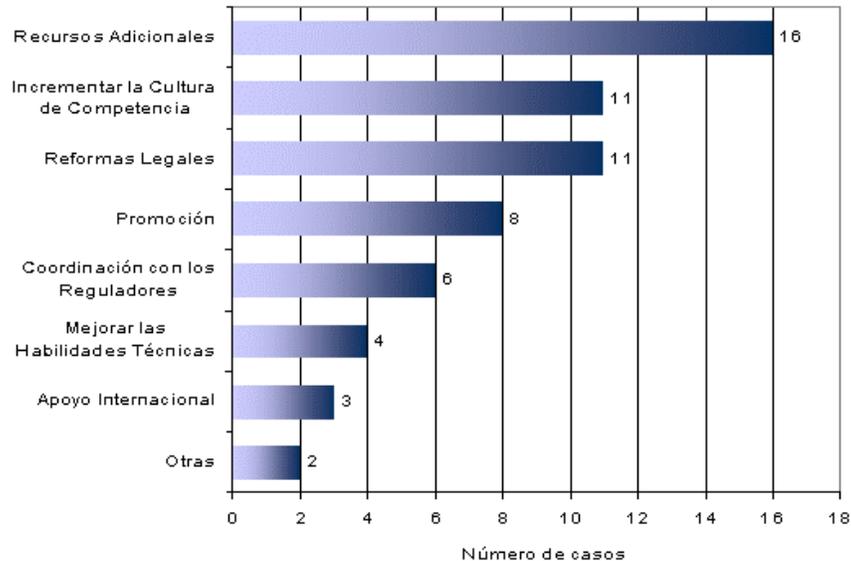
- Opiniones no vinculatorias: Algunas agencias de competencia reportaron el hecho de que sus recomendaciones no son tomada en cuenta.
- La abogacía vista como una prioridad secundaria. Algunas autoridades reconocieron que su principal preocupación es la aplicación de la ley de competencia y no las actividades de abogacía.

Mejora de las Actividades de Abogacía de las Autoridades de Competencia

Diversas recomendaciones fueron propuestas para reformar el papel de abogacía de las autoridades de competencia (ver gráfica 24). Las alternativas expresadas incluyen:

- Intensificar la difusión de los beneficios de la competencia, tanto entre las agencias gubernamentales como los agentes privados, y de esta manera incrementar la cultura de competencia y aumentar la efectividad de las actividades de abogacía.
- Reformar las leyes de competencia para promover la autonomía de la autoridad encargada de aplicarla y la concentración de todas las disposiciones de competencia exclusivamente en una autoridad encargada de aplicarlas. Sin embargo, también se ha afirmado que dos autoridades de competencia actuando a diferentes niveles a favor de la competencia podría hacer más eficiente la abogacía.
- Buscar influenciar a las entidades gubernamentales y a los reguladores específicos, por medio de la construcción del apoyo público lo cual traería aparejado que éstos justificaran su posición cuando deciden no considerar la posición por la cual abogan las autoridades de competencia. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que las autoridades de competencia no poseen un mandato democrático como el gobierno y el parlamento. Esta es la razón por la que estos últimos no deberían rendir cuentas de sus decisiones vis-a-vis la primera.
- Incrementar el presupuesto de las autoridades de competencia con el fin de permitirles conformar un equipo calificado, desempeñar una adecuada promoción de la competencia y realizar programas de apoyo y conferencias.
- Un proceso más sistemático de consulta entre los reguladores y las autoridades de competencia, preferiblemente establecido en la ley.

Gráfica 24. Herramientas para mejorar el papel de abogacía de las autoridades de competencia



Respuestas registradas: 44

Advertencia: La suma de las opciones es mayor a las respuestas registradas. Las autoridades encuestadas seleccionaron más de una opción.

3.8. Dimensión Internacional de la Abogacía

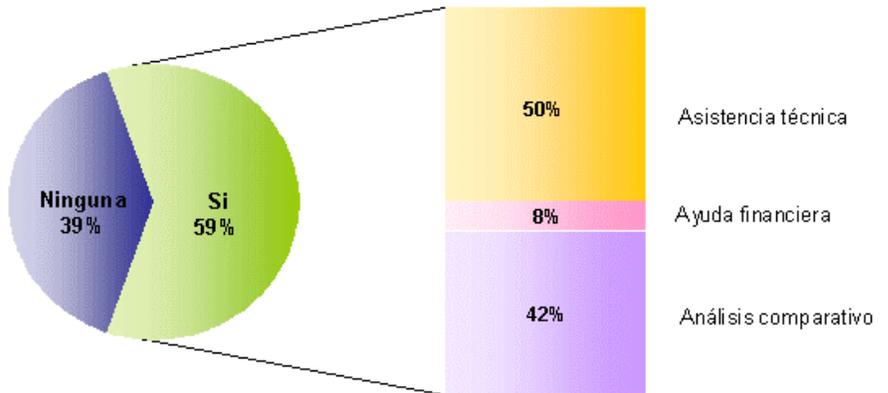
Más de la mitad de los países mencionaron recibir apoyo de organizaciones internacionales para desempeñar su papel de abogacía. La organización más frecuentemente mencionada fue la OCDE, ya sea a través de apoyo específico o como punto de contacto. Los miembros de la RICE señalaron actividades de apoyo de la OCDE tales como: asistencia técnica, estudios, consultoría, análisis, programas de entrenamiento y reuniones de expertos.

La segunda organización más frecuentemente mencionada es la Comisión Europea, principalmente por sus países miembros. Otras organizaciones mencionadas son UNCTAD, APEC, OMC y RICE. (ver gráfica 25)

Acuerdos Bilaterales o Multilaterales, Tratados o Foros.

Diversos países señalaron que su papel de abogacía recibió apoyo de otras autoridades de competencia gracias a la cooperación internacional recibida o la asistencia derivada de acuerdos de cooperación bilateral, mientras que los acuerdos multilaterales o tratados no tiene disposiciones específicas sobre abogacía, excepto por el caso de las integraciones regionales.

Gráfica 25. Apoyo internacional para el papel de abogacía de las autoridades de competencia



Respuestas registradas: 44

“La (...) fue nombrada miembro del Consejo Intergubernamental sobre Política Antimonopolio de (...) en 2001 sobre la base de los acuerdos multilaterales firmados en 1993.”

“Los acuerdos bilaterales de los que la (...) forma parte frecuentemente contienen disposiciones de asistencia técnica que podría permitir a la (...) contribuir a la abogacía por la competencia en otro país.”

“Los acuerdos de estabilización y asociación entre los miembros de la Unión Europea y (...) no tiene provisiones expresas sobre abogacía, pero por ser una materia que obliga a su cumplimiento de acuerdo con la legislación de la Unión Europea, esto implica una abogacía activa por la competencia .”

“Sí, hay organizaciones, las cuales apoyan el trabajo de la (...) tanto en términos de soporte teórico como de experiencias nacionales positivas. Estas experiencias son recogidas durante la aplicación de la ley pero también tienen influencia positiva sobre nuestra labor de abogacía. Aprendemos mucho del trabajo de las reuniones del CLP de la OCDE, especialmente el trabajo de la WP2”.

Algunos de los países mencionaron que sus acuerdos o tratados incluyen actividades de cooperación, lo cual puede reforzar sus esfuerzos de abogacía,

particularmente, la notificación de procedimientos regulatorios previstos en tales acuerdos.

Otros países señalaron otras disposiciones de cooperación que les permite obtener apoyo de la aplicación de la ley pero que no fueron identificadas como disposiciones de abogacía.

4 CONCLUSIONES

De las respuestas al cuestionario es posible inferir que no hay reglas formales que rijan la abogacía por la competencia. El diseño institucional de las autoridades de competencia varía enormemente, y ninguna conclusión puede alcanzarse para definir cual es la estructura más efectiva para promover la abogacía.

En el pasado, la abogacía por la competencia no fue considerada como una tarea clave y de aquí que no se incluyeran provisiones legislativas para tal efecto. Hoy existe un claro consenso sobre su importancia. Muy pocas autoridades de competencia no realizan labores de abogacía, y en estos casos otras autoridades gubernamentales han sido facultadas para abogar por la competencia. La gran mayoría de autoridades de competencia reportaron que la abogacía tiene un papel importante en la política de competencia porque está dirigida al gobierno, la comunidad de negocios, así como el público en general, para eliminar las restricciones a la competencia.

Para las autoridades que la realizan, la abogacía por la competencia constituye un importante apoyo en la aplicación de las leyes de competencia. La comprensión de los mecanismos de la competencia juega a favor de la política de competencia y también impulsa algunos sectores de la sociedad a apoyar la agenda de la autoridad.

La autonomía de las autoridades de competencia es considerada generalmente muy importante para mantener la efectividad de la labor de abogacía. Sin embargo, no hay un diseño institucional único para garantizar la autonomía. La toma de decisiones autónoma puede ser reforzada a través de provisiones legales, haciendo especial énfasis sobre los mecanismos de nombramiento de los directivos de la agencia, provisiones para prevenir la exposición política y las facultades de asesorar a otras entidades públicas sobre sus programas legislativos y regulatorios, ya sea de oficio o a solicitud de parte.

Las consideraciones presupuestales pueden afectar la autonomía operacional de la autoridad de competencia, sólo en la medida en que estas actividades tienen que ser limitadas por la falta de recursos financieros. Adicionalmente, el impacto negativo de la asignación de presupuesto sobre la autonomía de la autoridad se reduce cuando el presupuesto es asignado sobre una base multianual o usando un mecanismo de indización, o cuando el proceso de asignación es transparente. Aún cuando no hay una autonomía presupuestal total, la autonomía técnica es reforzada si la autoridad de competencia es libre para utilizar como mejor considere el presupuesto autorizado.

La receptividad a las opiniones y recomendaciones emitidas por las autoridades de competencia, está relacionada con el grado de cultura de competencia entre los grupos de interés y la sociedad en su conjunto.

El conocimiento de los beneficios de la competencia (cultura de competencia) está relacionado con la experiencia en la aplicación de la ley por parte de las autoridades de competencia. Parece ser necesario un amplio período para difundir los beneficios de la abogacía por la competencia a través de las actividades económicas y la sociedad. De manera similar, la percepción de la cultura de competencia también se encuentra asociada con el nivel de desarrollo. Los altos niveles de cultura de competencia han sido alcanzados por los países industrializados, mientras que la mayoría de las economías en transición y los países menos desarrollados reportaron niveles bajos de cultura de competencia. La falta de una cultura general de competencia determina un débil apoyo para las decisiones tomadas por las autoridades de competencia en este tipo de países.

Las autoridades de competencia ven su participación en los procesos legislativo y regulatorio como el componente más importante de la abogacía por la competencia. Cuando la consulta es obligatoria, la autoridad de competencia se encuentra en una posición privilegiada para dar a conocer sus observaciones al legislador. Consultas más sistemáticas, tal vez contempladas en la ley y en una etapa lo más temprana posible dentro del proceso, son consideradas por muchos como la alternativa que produce los mejores resultados. Un cierto grado de vinculatoriedad de las opiniones emitidas hacia los diseñadores de la política económica, refuerza significativamente la efectividad de la abogacía. Cuando las opiniones a los encargados de la política económica no sean vinculatorias, algunas autoridades de competencia han comentado que esperarían mejoras a su labor de abogacía si los legisladores estuvieran obligados a rendir cuentas de las razones por las cuales no adoptaron el consejo de la autoridad de competencia.

Cuando los sectores regulados están explícitamente exceptuados de la aplicación de la ley de competencia, la autoridad de competencia puede sin embargo usar sus capacidades informales o de persuasión para tratar de influir el marco regulatorio. También se considera que mantener las facultades legales para revisar y aprobar concentraciones refuerza las capacidades de abogacía, en la medida en que las autoridades regulatorias y otras entidades no están dispuestas a tomar en cuenta las opiniones o recomendaciones de la autoridad de competencia.

Los mecanismos de consulta obligatoria en los procesos de privatización o cuando el regulador pretende crear regímenes de excepción (doctrina de conducta regulada) también es considerada por las mismas autoridades como un factor que refuerza la efectividad de la abogacía. Esto es particularmente importante en los países de transición y en desarrollo, donde muchos activos propiedad del estado son privatizados o licenciados y generan un proceso intensivo de establecimiento de reglas por parte de los reguladores específicos u otras entidades. La cooperación en estos casos depende del grado de conocimiento técnico de las autoridades de competencia sobre las características específicas del sector sujeto a regulación. La credibilidad y neutralidad política de la autoridad de competencia, también fueron consideradas relevantes para la aceptación de sus recomendaciones u opiniones.

Como en otras actividades gubernamentales, la transparencia puede reforzar la efectividad de la abogacía para construir el apoyo público y proveer argumentos persuasivos para el cambio. Hay un consenso en el sentido de que el regulador puede con frecuencia encontrar más difícil no tomar en cuenta la posición de la autoridad de competencia, cuando ésta es de dominio público. Esto es particularmente importante en los países en desarrollo donde la cultura de competencia está menos enraizada y las capacidades técnicas para abogar por la competencia son menos sólidas.

En ciertos casos, la interacción entre autoridades de competencia y organismos regulatorios puede ser incentivada a través de mecanismos tales como los acuerdos de cooperación, particularmente cuando se trata de detectar las prácticas restrictivas a la competencia realizadas por los agentes regulados.

Los países desarrollados, quienes tienen una cultura de competencia más sólida, realizan sus actividades de abogacía a través de medios de comunicación selectivos y estudios, mientras que los países en desarrollo en los cuales hay un menor conocimiento de los beneficios de la competencia, el esfuerzo de abogacía se encuentra sustentado principalmente en los medios masivos de comunicación.

Aunque no existe información específica sobre los recursos actualmente empleados en las iniciativas de abogacía, los países miembros de la RICE reportaron que recursos adicionales les permitirían obtener mejores resultados.

Con respecto a la cooperación internacional, es deseable establecer objetivos claros sobre abogacía por la competencia, de acuerdo con las características específicas de cada actividad económica y al mismo tiempo, incrementar la coordinación en la provisión de asistencia técnica en general.

ANEXO 1

CUESTIONARIO SOBRE ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

Objetivo

El presente cuestionario pretende:

- identificar las fortalezas y debilidades del papel de abogacía de las autoridades de competencia,
- comprender la relación entre las autoridades de competencia y los reguladores y
- proveer algunos indicadores de cómo las autoridades de competencia desempeñan sus programas de abogacía y que tan efectivas son.

Sobre la base de esta información, el Grupo de Trabajo de Abogacía por la Competencia desea:

- identificar las restricciones más comunes al papel de abogacía de las autoridades de competencia,
- analizar la importancia de la abogacía por la competencia en los países en transición y en desarrollo,
- compartir las experiencias más exitosas en abogacía por la competencia y
- desarrollar recomendaciones para mejorar el papel de abogacía de las autoridades de competencia miembros de la RICE.

Para el propósito del presente cuestionario, se adopta la siguiente definición de abogacía por la competencia:

Abogacía por la competencia se refiere a las actividades de la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas por medio de mecanismos no contenciosos, principalmente a través de sus relación con otras entidades gubernamentales e incrementando el conocimiento público de los beneficios de la competencia¹⁵.

Guías

- Comentarios adicionales sobre alguna pregunta del cuestionario serán bienvenidos.

¹⁵ Una definición amplia de abogacía por la competencia ofrecida por el Banco Mundial se encuentra al final del presente cuestionario.

- El espacio entre las preguntas no indica la longitud esperada de la respuesta, por ello favor de agregar las páginas necesarias para proporcionar la respuesta más completa.

Si la jurisdicción tiene más de una institución llene un cuestionario por cada autoridad de competencia.

CUESTIONARIO SOBRE ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA

País

Institución

Contacto para información adicional

Nombre

Puesto

Teléfono

Fax

Dirección electrónica

I. LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

- 1) ¿Cuándo fue establecida la autoridad de competencia en su país?
- 2) ¿Cuáles características describen mejor el status institucional de su autoridad de competencia?
 - a. Autoridad administrativa independiente
 - b. Dentro de un Ministerio o Departamento
 - c. Un Ministerio en si misma
 - d. Órgano investigador
 - e. Dirección dentro de un Ministerio
 - f. Autoridad judicial
 - g. Autoridad cuasi-judicial
 - h. Dentro del Congreso o Parlamento
 - i. Otros (describa)

Siéntase en libertad para abundar en su respuesta

- 3) Los miembros de la autoridad de competencia (Comisionados, Presidente, Director) son nombrados por:
 - a. Presidente o Primer Ministro
 - b. Presidente o Primer Ministro con aprobación del Congreso o Parlamento
 - c. Ministro
 - d. Congreso o Parlamento
 - e. Representantes de asociaciones empresariales, académicos y asociaciones de consumidores
 - f. El sistema judicial
 - g. Otros (describa)

Siéntase en libertad de abundar en su respuesta

- 4) ¿Cuántos miembros (Comisionados, Presidente, Director) tiene su Autoridad?
- 5) ¿Qué actividades realizaban antes de su nombramiento? (Academia, política, negocios, ejercicio profesional, grupos de consumidores, administración pública, etc.)
- 6) ¿El nombramiento de los miembros de la autoridad de competencia (Comisionados, Presidente, Director) dura un periodo específico?
- 7) ¿Cuánto dura el nombramiento? ¿Es renovable?
- 8) ¿Cómo es asignado el presupuesto de la autoridad de competencia? (Como parte del presupuesto de una Secretaría o Ministerio, directamente por el Congreso o Parlamento, etc.)
- 9) ¿El mecanismo de nombramiento de los miembros (Comisionados, Presidente, Director) y el de asignación del presupuesto contribuyen o limitan la autonomía de la autoridad de competencia?
- 10) ¿El grado de autonomía de la autoridad de competencia contribuye o limita sus actividades de abogacía? ¿Por qué?
- 11) ¿Son los esfuerzos de abogacía supervisados, o sujetos a otra forma de modificación o revisión, por alguna otra autoridad o tribunal? Explique por favor.
- 12) ¿Ha restringido el entorno político los esfuerzos de abogacía de la autoridad de competencia? (Reversión de las decisiones, despido de miembros de la autoridad de competencia, etc.)

II. ABOGACÍA EN GENERAL

- 13) ¿Cuál es el nivel de conocimiento de los beneficios derivados de los mercados competitivos y la política de competencia en su país? En su opinión, ¿Tiene su país una “cultura de competencia”?
- 14) ¿Están las entidades gubernamentales y los tribunales familiarizados con los mecanismos competitivos de los mercados y sus beneficios?
- 15) ¿Qué actividades ha realizado la autoridad de competencia para aumentar el conocimiento en la sociedad de los beneficios derivados de los mercados competitivos? ¿Cuáles actividades considera más exitosas en términos de su efecto positivo sobre el proceso de competencia?
- 16) La actitud más común hacia la abogacía de la autoridad de competencia:

GRUPO	ALIADO	OPONENTE
Académicos		
Congresistas		
Asociaciones de consumidores		
Asociaciones empresariales		
Sindicatos		
Gobiernos locales		
Organizaciones no gubernamentales		
Partidos políticos		
Medios de comunicación		
Asociaciones Profesionales (abogados, economistas u otros)		

Siéntase en libertad de para abundar en su respuesta.

17) ¿Cuál es la interacción entre los programas de aplicación de la ley y de abogacía por la competencia?

18) ¿Aboga la autoridad de competencia por la eliminación o restricción de las exenciones de la aplicación de la Ley de Competencia?

III. ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA EN LOS MARCOS REGULATORIO Y LEGAL

19) ¿Participa la autoridad de competencia en algún consejo de ministros, gabinete o algún grupo similar de oficiales de alto nivel? ¿Si su respuesta es afirmativa, que papel desempeña? Explique por favor.

20) ¿Aconseja la autoridad de competencia a los diseñadores de políticas públicas acerca de su impacto sobre la competencia? ¿Son estas recomendaciones efectivas en la modificación de las políticas públicas?

21) ¿Es informada la autoridad de competencia por el Poder Ejecutivo o el órgano legislativo acerca de las propuestas de reforma? ¿Cómo es esto hecho? ¿En qué etapa del procedimiento? Explique por favor.

22) ¿Faculta la ley a la autoridad de competencia para influir en el diseño del marco regulatorio en el proceso legislativo? Si la respuesta es afirmativa explique brevemente ¿En qué etapa del proceso y a través de que mecanismos puede participar la autoridad de competencia?

- 23) ¿Es el público en general informado acerca de los reportes u opiniones de abogacía por la competencia emitidos por la autoridad? ¿A través de que medios?
- 24) ¿Están las recomendaciones u opiniones emitidos por la autoridad disponibles para revisión pública? Por favor explique.
- 25) Si los reportes de abogacía han sido publicados, o si no han sido publicados, pero no están protegido estatutariamente, ¿Estaría la autoridad de competencia dispuesta a compartirlos para su inclusión en una base electrónica de datos de la RICE?
- 26) Elija de la siguiente lista las formas más frecuentes en que su autoridad de competencia se involucra en actividades de abogacía:
- La Ley de competencia faculta a la autoridad para analizar y ofrecer opinión acerca del impacto competitivo de la regulación sectorial, procesos de privatización u otorgamiento de concesiones.
 - La ley sectorial específica establece la intervención de la autoridad de competencia en la regulación, privatización u otorgamiento de concesiones.
 - La autoridad de competencia fue invitada por el regulador sectorial a proporcionar su opinión.
 - La autoridad de competencia participó en la regulación, privatización u otorgamiento de concesiones a solicitud del Congreso o Parlamento.
 - Otra (Explique por favor)

IV. ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA EN SECTORES ESPECÍFICOS

- 27) Indique en cuáles sectores la autoridad de competencia ha estado recientemente involucrada en abogacía por la competencia. [Describa las actividades más sobresalientes.]
- 28) Para cada sector, ¿Cuáles han sido las tres participaciones más exitosas de la autoridad de competencia y por qué?
- 29) ¿Cuál de las siguientes razones, si hubo alguna, explica mejor las fallas en la posición de abogacía sostenida por la autoridad de competencia en sectores específicos?. Responda llenando la tabla siguiente:

LIMITACIONES	SECTOR(S)
Una corte o tribunal evitó o restringió la participación de la autoridad de competencia	
Un Ministerio o Agencia Regulatoria evitó o restringió la participación de la autoridad de competencia	
La autoridad de competencia careció de conocimiento especializado sobre este sector	
El Congreso o Parlamento evitó o restringió la participación de la autoridad de competencia	
Cuestiones ambientales fueron un obstáculo para introducir o preservar la competencia	
Consideraciones de “Campeón Nacional” evitaron o restringieron el establecimiento de un entorno más competitivo	
No hubo el tiempo suficiente para analizar el sector	
La posibilidad de despidos y/o la quiebra de empresas en el sector frenaron la introducción o preservación de la competencia	
Recursos financieros escasos	
Otros (especifique)	

Por favor siéntase en libertad de abundar sobre las restricciones enfrentadas por la autoridad de competencia al realizar sus labores de abogacía.

30) ¿Desempeña la autoridad de competencia actividades de abogacía en ciertos sectores, aunque inmunidades, exenciones o renunciaciones limitan su jurisdicción para aplicar la ley de competencia en esos sectores? Por favor explique.

V. ABOGACÍA POR LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN, DESREGULACIÓN, OTORGAMIENTO DE CONCESIONES, PERMISOS O LICENCIAS, Y REGULACIÓN DE TARIFAS

31) ¿Qué tipo de abogacía ha sido realizada recientemente por la autoridad de competencia en procesos de privatización? Por favor explique.

32) ¿Están las operaciones de privatización sujetas a control de fusiones o alguna otra revisión por la ley de competencia?

33) ¿Cuáles han sido las tres participaciones más exitosas en los procesos de privatización, otorgamiento de concesiones, permisos o licencias, y regulación de tarifas?

34) ¿Qué obstáculos restringieron los esfuerzos de abogacía realizados por la autoridad de competencia en los procesos de privatización, otorgamiento de concesiones, permisos o licencias, y regulación de tarifas?

VI. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA ABOGACÍA

35) ¿Apoya alguna organización internacional el papel de abogacía de la autoridad de competencia en su país? ¿Qué tan importante es ese apoyo? Por favor explique.

36) ¿Hay alguna provisión de abogacía en acuerdos bilaterales o multilaterales o foros en los cuales participe su país?

VII. EQUIPO DEDICADO A LABORES DE ABOGACÍA DENTRO DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

37) ¿Cuáles unidades, direcciones o departamentos de la autoridad de competencia están involucrados en actividades de abogacía? (Puede elegir más de una opción)

- a. Asesoría
- b. División de economía
- c. División encargada de la aplicación de la ley
- d. Oficina de prensa
- e. Asuntos Internacionales
- f. Relaciones Públicas
- g. Equipo de un abogado y economista con conocimientos especializados del sector en cuestión
- h. Otros (Especifique)

38) ¿Cuántas personas trabajan en actividades de abogacía?

Unidades, direcciones o Departamentos	Personas	Horas por año
Asesoría		
División de economía		
División encargada de la aplicación de la ley		
Oficina de prensa		
Asuntos Internacionales		
Relaciones Públicas		
Otros (Especifique)		
Total		

39) Porcentaje del staff involucrado en actividades de abogacía:

Unidades, direcciones o Departamentos	Porcentaje	
Asesoría		
División de economía		
División encargada de la aplicación de la ley		
Oficina de prensa		
Asuntos Internacionales		
Relaciones Públicas		
Otros (Especifique)		
Total		

40) ¿Qué porcentaje del presupuesto anual de la autoridad de competencia es dedicado a labores de abogacía?

VIII. MEJORANDO EL PAPEL DE ABOGACÍA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

41) ¿Cómo evaluaría el papel de abogacía de la autoridad de competencia en su país?

- a) Excelente
- b) Bueno
- c) Regular
- d) Insatisfactorio en cierto grado
- e) Muy insatisfactorio

¿Por qué?

42) ¿Cómo podría ser mejorado el papel de abogacía de la autoridad de competencia?

43) ¿Qué planes futuros tiene para su programa de abogacía por la competencia?

44) ¿Cómo puede la Red Internacional de Competencia Económica apoyar a la autoridad de su país en reforzar el papel de la abogacía por la competencia?

Si desea agregar comentarios sobre abogacía por la competencia, por favor anéxeles a este cuestionario.

La siguiente es una traducción libre de la definición de abogacía proporcionada en la página de internet del Banco Mundial.

<http://www1.worldbank.org/beext/faq/q16.htm>

¿Qué es la abogacía por la competencia y qué tan importante resulta?

La abogacía por la competencia se refiere a la posibilidad de la oficina de competencia para proveer consejo, influenciar y participar en las políticas económicas y regulatorias gubernamentales, con el fin de promover una estructura industrial más competitiva, y un comportamiento de las empresas consistente con los mecanismos de libre mercado. La creación de una base popular de apoyo para la política de competencia también forma parte de la abogacía. La abogacía por la competencia es particularmente importante en las economías en desarrollo y en los países en transición al mercado, donde con frecuencia hace falta la comprensión o apreciación adecuadas de los méritos de los sistemas económicos con mercados competitivos.

Un aspecto importante de la función de abogacía es clarificar las implicaciones de las políticas públicas para la competencia y la eficiencia, de tal manera que la toma de decisiones por parte del gobierno las tome en cuenta. La ley de competencia interactúa con un amplio rango de políticas económicas que afectan la competencia en los mercados locales y nacionales, incluyendo la regulación del transporte, energía, telecomunicaciones, y otros sectores donde es probable que se presenten monopolios naturales, comercio internacional, inversión extranjera directa, derechos de propiedad intelectual, mercados financieros, y políticas de privatización. Estas políticas pueden reforzar o impedir la efectividad de la ley de competencia.

Por ejemplo, en Canadá, los altos niveles de protección arancelaria (antes del TLCAN) facilitaron los acuerdos colusivos en precios en algo así como 40 casos, cubriendo productos tales como placas de vidrio, fertilizantes, farmacéuticos y azúcar. En muchos países en desarrollo, así como en los industrializados, la regulación económica de sectores como electricidad y telecomunicaciones -los cuales son considerados como “monopolios naturales”- han sido extendidos a través de la integración vertical y licencias exclusivas a la provisión de productos y servicios donde la competencia efectiva puede existir, tales como en el suministro de equipo, generación de electricidad y servicios telefónicos de larga distancia. Los gobiernos son frecuentemente atrapados en una situación de conflicto de interés con respecto a las reformas en empresas estatales y privatización. Con el fin de atraer posturas altas por los activos estatales, en un intento de reducir la deuda gubernamental, los monopolios públicos pueden ser transferidos a monopolios privados. Este fue un factor alegado en la venta de la aerolínea British Caledonia a British Air (en lugar de SAS) lo cual previno la introducción de nueva competencia en el mercado de charters del Reino Unido. La adquisición de Skoda por VW en la República Checa, fue acompañada por la demanda por “incentivos” bajo la forma de altos niveles de protección arancelaria y restricciones a la inversión extranjera, lo cual limitaría la competencia proveniente de las importaciones y la entrada a nuevas empresas en el mercado. En Jamaica, la

compañía de Telecomunicaciones fue privatizada con derechos exclusivos por un período de 25 años.

A través de la abogacía por la competencia, tales situaciones pueden ser prevenidas o al menos ser sujetas a una mayor rendición de cuentas, transparencia y discusión pública. Una abogacía efectiva por parte de la autoridad de competencia también puede ayudar a incrementar el conocimiento de los costos y beneficios de políticas alternativas y asegurar que los objetivos de la política gubernamental no opere en sentidos opuestos.

La política de la autoridad de competencia también debería de ser provista con un papel estatutario para participar, formular y comentar sobre las políticas económicas y regulatorias del gobierno que tienen algún impacto sobre la competencia en el mercado. Realizando actividades de abogacía, la autoridad puede contrarrestar o al menos minimizar los efectos adversos del comportamiento buscador-de-rentas prevaleciente en la mayoría de los países, pero particularmente en los países en desarrollo y en las economías en transición al mercado. Dada la limitada capacidad administrativa y experiencia relevante en la aplicación de la ley en esta materia en los países de este último tipo, el papel de abogacía por la competencia se ha considerado por algunos analistas no sólo como la más importante, sino la única función de la autoridad de competencia (([Kovacic, 1995](#); [Rodriguez and Williams, 1994](#)). Se puede argumentar que la abogacía por la competencia también puede reducir el riesgo de una aplicación equivocada de las provisiones específicas de la ley de competencia, lo cual podría inducir a distorsiones aún mayores en la economía. Sin embargo tanto las funciones de aplicación de la ley como la abogacía por la competencia son muy importantes para una autoridad de competencia apropiadamente estructurada.

Kovacic, W.E. 1995. "Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe." *De Paul Law Review* 44:1197-1224.

Rodriguez, A.E., and M.D. Williams. 1994. "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries." *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19:209.

ANEXO 2

Lista de Contribuidores

No.	País Miembro	Las Autoridades de Competencia
16	Alemania	Oficina Federal de Carteles
2	Argentina	Agencia Nacional de Competencia de Argentina
3	Armenia	Comisión Estatal para la Protección de la Competencia Económica
4	Australia	La Comisión Australiana de Competencia de y de Protección al Consumidor
5	Bélgica	El Servicio de la Competencia
6	Bélgica II	El Consejo Belga de la Competencia
7	Canadá	La Oficina de Competencia
8	Chile	Oficina del Fiscal Económico Nacional
9	Chipre	Comisión para la Protección de la Competencia de Chipre
1	Comunidad Andina	El Secretariado General de la Comunidad Andina
25	Corea	La Comisión Coreana de Comercio Leal
10	Dinamarca	La Autoridad de Competencia
11	EFTA	La Autoridad de Supervisión de la EFTA
38	Eslovaquia	La Oficina Antimonopolios de la república de Eslovaquia
39	Eslovenia	Oficina de Protección a la Competencia de la república de Eslovenia
41	España	Tribunal Español de la Competencia
49	Estados Unidos	El Departamento de Justicia
50	Estados Unidos II	La Comisión Federal de Comercio
12	Estonia	El Consejo Estoniano de Competencia de
34	Filipinas	Departamento de Industria y Comercio- Oficina de Regulación del Comercio y protección del Consumidor
14	Finlandia	La Autoridad Finlandesa de Competencia
15	Francia	Oficina del Director General para la Competencia, protección al Consumidor y el Fraude
45	Holanda	Autoridad de Competencia de Holanda
17	Hungría	Oficina Húngara de Competencia
18	Indonesia	Comisión para la Supervisión de la Competencia en los Negocios
19	Irlanda	La Autoridad Irlandesa de Competencia

No.	País Miembro	Las Autoridades de Competencia
20	Israel	Autoridad Antimonopolios de Israel
21	Italia	La Autoridad Italiana de Competencia
22	Jamaica	Comisión de Comercio Leal de Jamaica
23	Japón	Comisión de Comercio Leal de Japón
24	Kenia	Comisión de Monoplios y Precios de Kenia
26	Letonia	Consejo de Competencia de la República de Letonia
27	Lituania	Consejo de Competencia de la República de Lituania
28	Macedonia	Autoridad de Monopolios de la República de Macedonia
29	Malta	Comisión Maltesa de Comercio Leal
30	México	Comisión Federal de Competencia
31	Nueva Zelanda	Comisión de Comercio de Nueva Zelanda
32	Panamá	Comisión para la Libre Competencia y Protección del Consumidor
33	Perú	La Comisión de Libre Competencia
48	Reino Unido	Oficina de Comercio Leal del Reino Unido
35	Rumania	El Consejo de Competencia de Rumania
36	Rumania II	La Oficina de Competencia de Rumania
37	Rusia	Ministerio de la Federación Rusa de Política Antimonopolios y Apoyo al Empresariado
42	Sri Lanka	Oficina de Comercio Leal de Sri Lanka
40	Sudáfrica	Tribunal de la Competencia de Sudáfrica
43	Suecia	La Autoridad Sueca de la Competencia
44	Suiza	La Comisión Suiza de Competencia
46	Turquía	La Autoridad Turca de Competencia
47	Ucrania	El Comité Antimonopolios de Ucrania
13	Unión Europea	Dirección General de Competencia
51	Uzbekistán	Comité Estatal de la República de Uzbekistán para la Desmonopolización y Desarrollo de la Competencia
52	Yugoslavia	La Comisión de Competencia
53	Zambia	La Comisión de Competencia de Zambia

BIBLIOGRAFIA

Kovacic, W.E. 1995. "Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe." *De Paul Law Review*, 44:1197-1224.

Kovacic (1997). "Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2.

Armando E. Rodríguez y Coate, M.B., (1997), "Competition Policy in Transition Economies. The Role of Competition Advocacy", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2.

Rodríguez, A.E., y M.D. Williams. 1994. "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries." *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 19:209.

Jean Tirole (2000), *The Theory of Industrial organization*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Eleventh Printing.

Kip Viscusi, John Vernon y Joseph Harrington Jr. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Third Edition.

World Bank (2002), *Building Institutions for Markets*, World Development Report 2002, Oxford University Press, New York.