

DIAPOSITIVA 1

WILLIAM E. KOVACIC: En este segmento, seré el encargado de mostrarle a usted la segunda presentación de la serie de presentaciones que la RICE¹ ha estado desarrollando para proporcionarle una introducción básica a la ley de competencia. En el primer segmento, se examinaron los orígenes y propósitos de las leyes de competencia alrededor del mundo.

DIAPOSITIVA 2

KOVACIC: En este segundo segmento, vamos a examinar algunas de las características básicas de los sistemas de la política de competencia. Al hacerlo, vamos a destacar algunas de las características críticas institucionales y elecciones que los sistemas de la competencia realizan para determinar cómo hacer para hacer cumplir y aplicar la ley.

DIAPOSITIVA 3

KOVACIC: Destacan algunos temas generales acerca de cómo los sistemas de competencia están diseñados. En primer lugar, hay una gran cantidad de diversidad en todo el universo de las 110 jurisdicciones que hoy tienen leyes de competencia. No sería de extrañar que con tantos países, como en cualquier otro ámbito de la ley, veamos una variación considerable en la forma en que se estructuran los mecanismos de gobernanza, la asignación de responsabilidades y la organización de los sistemas individuales de competencia.

Pero a pesar de la extraordinaria variedad de sistemas de la competencia y la diversidad que los caracteriza como grupos, todavía hay algunos elementos unificadores importantes y serán en los que nos centraremos.

En muchos casos, los sistemas de política de competencia se determinan de acuerdo con el marco básico de la ley que tienen las jurisdicciones individuales y en el marco principal a nivel internacional, que es lo que se denomina como sistemas de derecho civil, que se basan en la elaboración administrativa, de políticas y de la aplicación e interpretación de la política de competencia a través de un órgano administrativo.

Por el contrario, los sistemas comunes de derecho tienden a confiar más en la adjudicación de casos individuales, el enjuiciamiento de los casos en los tribunales y en el desarrollo de la política y la doctrina a través de un largo proceso de jurisprudencia, complementadas con el trabajo de la agencia.

Ahora podemos ver, en muchas áreas de la ley, que estos dos sistemas jurídicos, en muchos aspectos, están unidos. Podemos señalar una serie de aspectos en las que comparten atribuciones y que el desarrollo de la ley de competencia, ahora cuenta, en muchas jurisdicciones, con una amalgama de enfoques que aparecen, sólo una vez, en los países con derecho civil o en las jurisdicciones de con una ley común. Pero en la medida en que nosotros estamos tratando de identificar el origen importante de la mayoría de los marcos de política de la competencia de hoy,

¹ ICN, Internantional Competition Network, por sus siglas en inglés.

podríamos decir que ellas surgen de las instituciones más familiarizadas con los sistemas de derecho civil.

Pero, de nuevo, para enfatizar, hay muchos modelos híbridos surgiendo que toman sistemas antiguos de la ley de competencia y los adaptan a las circunstancias nacionales en particular. Y, porque estamos buscando un proceso universal de experiencias compartidas, probando diversos enfoques; estamos viendo ahora a las jurisdicciones, que por su cuenta, comienzan a adoptar e incorporar técnicas superiores, mejores prácticas de otras autoridades y construir con ellas sus propios sistemas.

Una característica que voy a añadir para caracterizar la experiencia, y que es muy importante para el desarrollo de nuevos sistemas, es que con el tiempo los buenos sistemas se involucran en un proceso continuo de reforma y adaptación. Hubo una opinión, tal vez hace 25 años, -cuando estaban iniciando los más nuevos sistemas de competencia-, de que un país estaba comenzando, de que tendría la oportunidad de empacar todo en la maleta para el viaje hacia la ley de competencia. Habrá una ventana a través de la que tuvo que saltar y lograr todo.

DIAPOSITIVA 4

KOVACIC: Pero viendo la experiencia de muchos países, ya sea Corea del Sur, ya sea Japón, ya sea Brasil, México, Hungría, Sudáfrica, India, Pakistán, cualquier otra jurisdicción, lo que estamos viendo son reformas, la adaptación continua de los sistemas existentes es la manera en la que muchos países han procedido. Por lo tanto, creo que es menos importante preguntar dónde exactamente comenzó un sistema que preguntar cómo mejorarlo con el tiempo. Una característica universal para mejores prácticas es la mejora continua del marco institucional.

DIAPOSITIVA 5

KOVACIC: Vamos a empezar con los tipos de comandos sustantivos que aparecen típicamente en la ley de competencia. Una vez más, vemos variaciones a través de una serie de jurisdicciones, pero la mayoría de las leyes de competencia se centran en un conjunto definido de comandos sustantivos. Tienden a prohibir determinados acuerdos entre rivales directos, los acuerdos a los que llamamos restricciones horizontales. El foco de muchas de estas prohibiciones de restricciones horizontales es a lo que llamamos cárteles. Por eso, me refiero a los casos en que las empresas han acordado hacer un poco más que restringir lo que producen como una forma de elevar los precios.

Consideremos la experiencia de algunos de nuestros colegas.

DIAPOSITIVA 6

THULA KAIRA: A principios del Siglo XX-- XXI, la comisión identificó un cártel en el mercado de polluelos recién nacidos. Este mercado-cártel de polluelos (con un día de nacidos) en realidad había concentrado, realmente, poder en la empresa dominante y en otras dos empresas pequeñas que no pudieron crecer en la industria. Así como resultad de dicho cártel, los precios de polluelos (recién nacidos) en Zambia aumento tres veces más que el promedio regional. Así que, cuando la comisión descubrió ese cártel, claro subsecuentemente, lo declaro nulo y con efecto de la ley de competencia dejó de existir. No había entradas en esa industria.

Dentro de un período de tres años, tres empresas entraron en la industria y los precios de pronto comenzaron a bajar. Ahora, mientras hablamos, los precios son relativamente competitivos en el mercado en comparación con el promedio regional, que fue de alrededor de tres veces más en el aquel momento.

DIAPOSITIVA 7

KOVACIC: Una segunda manera de prohibición involucra las relaciones entre los productores y los distribuidores, así como entre minoristas o entre los productores y las empresas que les suministran los insumos necesarios para la provisión de bienes o servicios. Estos generalmente son llamados acuerdos verticales. Implican prácticas como la fijación de un precio mínimo de reventa en el que los minoristas pueden vender los productos que han obtenido a partir de un fabricante. Se caracterizan por modalidades de exclusividad por el que una empresa acuerda sólo tener trato con un solo proveedor o con un solo fabricante.

En otros casos, las empresas podrían estar de acuerdo en agrupar ciertos productos y servicios, los llamados acuerdos de vinculación que, por ejemplo, compran un producto a condición de comprar otro de la misma fuente.

Además de los acuerdos, tanto entre los rivales y entre empresas relacionadas verticalmente, una tercera área importante de la prohibición sustantiva consiste en la conducta de las empresas dominantes, lo que en el marco de la Unión Europea se llama abuso de posición dominante, lo que en Estados Unidos se llama monopolización.

Hay un acuerdo general entre la mayoría de los sistemas de política de competencia que no se limita a sancionar el hecho de ser una gran empresa, la posición dominante en sí no es delito. En otras palabras, no es suficiente simplemente ser una empresa grande, para tener que actuar mal. Pero es la definición de lo que constituye a una conducta inadecuada, mala conducta, la que es el centro de un muy cuidadoso debate y discusión que vamos a ver en los segmentos posteriores de estas presentaciones de la RICE.

Además de los controles sobre el comportamiento de las empresas dominantes, llegamos a un cuarto ámbito clave de la prohibición sustantiva y que se ocupa de las concentraciones, combinaciones, consolidaciones de empresas previamente diferenciadas en nuevas empresas unificadas. Algunas de ellas implican combinaciones de competidores directos, aquellos que llamamos las concentraciones horizontales. Algunos incluyen combinaciones de los productores y empresas en sentido descendente, minoristas, a los que llamamos concentraciones verticales. Algunos incluyen combinaciones de las empresas que no tienen ninguna relación en el sentido que producen los mismos bienes o que están relacionados verticalmente. Estas a veces son llamadas adquisiciones conglomeradas.

DIAPOSITIVA 8

HALIL BAHA KARABUDAK: Bueno, un caso importante para la aplicación de la ley por parte de las autoridades de competencia y con propósitos educativos, de Turquía, fue la privatización de Turk Telecom en 2005. Este fue un antiguo monopolio estatal integrado verticalmente que iba a

ponerse a la venta por la administración de privatizaciones esperando tantos ingresos como pudieran obtener de la venta, con sus componentes verticales intactos.

Sin embargo, la comisión de competencia de Turquía estableció medidas y normas de adquisiciones y pidió a las autoridades que cedieran las operaciones de televisión por cable de la empresa de telecomunicaciones de Turquía a la venta. Asimismo, pidieron restablecerse como una entidad jurídica independiente al proveedor de servicios de Internet para Turkish Telecom, por lo que se hace en virtud de cierto (inaudible), también al operador de GSM, que es dominante en Turquía se le prohibido participar en esta licitación, debido a los problemas de convergencia que podrían ocurrir después de que una licitación que se llevaron a cabo y esto era (inaudible) para beneficio de los consumidores turcos.

DIAPOSITIVA 9

KOVACIC: Estas cuatro categorías de prohibición sustantiva; los acuerdos entre competidores, acuerdos verticales, abuso de posición dominante y las concentraciones constituyen el cuarteto de las actividades que son el núcleo de la mayoría de las leyes de competencia.

Además de estos, me gustaría añadir que varias jurisdicciones, especialmente aquellas que son miembros de la Unión Europea, y de otros aquellos que también aspiran a la volverse miembros de la Unión Europea, también tienen controles sobre lo que se llama auxilios estatales. Estas son limitaciones en la capacidad de las entidades políticas, especialmente las subdivisiones políticas de las uniones económicas más grandes, para dar subsidios a las empresas nacionales con la preocupación que esos subsidios se distorsione la competencia entre los beneficiarios de los subsidios y las empresas que no reciben los subsidios en una jurisdicción mayor.

DIAPOSITIVA 10

CARLES ESTEVA-MOSSO: Una meta importante de nuestro régimen de control auxilios estatales es garantizar que las empresas no se mantengan artificialmente en los mercados a través de subsidios estatales, manteniéndolas a flote. Si los Estados miembros proporcionan este tipo de ayuda y mantiene a las empresas que, de otra manera, saldrían del mercado, esto creará una deliberada distorsión a la competencia y afecta seriamente a los incentivos de otros posibles participantes en el mercado. Afectará el incentivo de los competidores para ampliarse y también podría afectar los intereses de los nuevos participantes, tal vez con productos innovadores, para entrar en el proceso competitivo.

DIAPOSITIVA 11

KOVACIC: Incluso dentro de cada una de las categorías que he mencionado, vemos variaciones. Por ejemplo, con respecto al abuso de posición dominante, vemos diferencias considerables a través de lo relativo a la jurisdicción, cuyas formas específicas de comportamiento están denominadas por ser inapropiadas. Por ejemplo, un número de jurisdicciones prohíben a las empresas dominantes cobrar precios excesivos. Otras jurisdicciones no tienen esa limitación y dicen que las empresas dominantes pueden cobrar lo que quieran, sin duda, por regla general.

Así que, incluso dentro de estos esquemas de clasificación, tenemos un número de casos en los que las variaciones se producen de una jurisdicción a otra. Estas variaciones generalmente están profundamente arraigadas en las consideraciones que hemos mencionado en la primera parte de esta serie de presentaciones, y es que, la ley de competencia surge en circunstancias nacionales y la decisión de adoptar una ley de competencia refleja invariablemente la historia del país, la economía política, las circunstancias sociales y la configuración y el funcionamiento de su propia economía.

Pero lo que ha sido sorprendente en el trabajo que se lleva a cabo a través de grupos tales como la RICE, es un crecimiento en desarrollo de acuerdos acerca de lo que debe ser el núcleo de la actividad de la política de competencia. Por ejemplo, hoy existe un amplio consenso acerca de que la prohibición de los cárteles es un elemento indispensable para la formulación de políticas de competencia eficaces. Esto no es para decir que los cárteles son el único enfoque apropiado de desarrollo la política de competencia. Pero vemos de jurisdicción en jurisdicción un creciente reconocimiento sobre la prohibición de los cárteles, pues merecen un lugar en prácticamente todas las leyes de la competencia.

DIPOSITIVA 12

KOVACIC: Con este sustantivo conjunto de comandos como fondo, vamos a considerar las grandes decisiones institucionales que los sistemas de política de competencia enfrentan para decidir cómo organizar la operación de un sistema de competencia. Me voy a centrar en las ocho principales decisiones institucionales.

Para resumir rápidamente ¿qué funciones sustantivas debe desempeñar el sistema de competencia? Segundo ¿qué conexión debe tener la agencia de competencia pública con el proceso político? Tercero ¿cuál es la forma adecuada de gobernanza dentro de la agencia de competencia? Cuarto ¿quién debe decidir encausar los casos? Quinto ¿qué instrumentos determinan si los acusados son culpables o no? Sexto ¿cuál es el papel de los tribunales al interior del sistema de la competencia? Séptimo ¿cuál es la relación de la ley de competencia con otras formulaciones de política económica y otros órganos que diseñan políticas en el país y en el extranjero? Y por último ¿qué paquete de sanciones se ejercen sobre los infractores del sistema de competencia?

DIPOSITIVA 13

KOVACIC: Echemos un vistazo a cada uno de los puntos a detalle. En primer lugar, ¿cuáles son las funciones apropiadas, sustantivas para una agencia de la competencia? Bueno, uno de los enfoques para responder a esta pregunta es decir que es sólo la competencia, la única cosa que las agencias de competencias deben estar preocupadas para con las políticas de competencia. Varias de las 110 jurisdicciones con leyes de competencia toman este enfoque, es decir, las únicas funciones que le asignan a la agencia de competencia son la implementación de los comandos sustantivos que he descrito un momento antes.

Pero lo que llama la atención al ver el estudio de la matriz de las agencias de competencia en todo el mundo es que más de la mitad de las 110 jurisdicciones hacen otra cosa. Algunos de ellos también hacen cumplir las leyes de protección de los consumidores, por ejemplo, las prohibiciones contra la publicidad desleal o engañosa en países como Panamá y Australia. Algunas agencias de competencia tienen un mandato específico para hacer frente a la operación del sistema de

contratación pública. Esto, por ejemplo, es una responsabilidad del Servicio Federal Antimonopolios de Rusia. Algunas agencias de competencia tienen amplia autoridad para tratar asuntos relacionados con la propiedad intelectual, por ejemplo, el INDECOPI, cuerpo que contiene la autoridad de competencia en el Perú también con importantes responsabilidades relacionadas con la propiedad intelectual.

Una pregunta básica que las agencias de competencia multifuncionales enfrentan es cómo definir la relación entre estos diferentes sustantivos comandos de la política de competencia y de cómo se pueden realizar sinergias conceptuales que podrían lograrse mediante la vinculación de estas diferentes funciones sustantivas bajo la cortina de una sola agencia.

DIAPOSITIVA 14

JOHN FINGLETON: Un aspecto central de unión entre los consumidores y la política de competencia es que cada uno hace al otro más fuerte. Las decisiones de la política de competencia, realmente las muy buenas, no siempre son populares. Pueden ser buenas para el bienestar del consumidor a largo plazo, pero en el corto plazo, puede que no sean populares para los consumidores individuales.

Cuando una agencia trabaja estrechamente con o hace políticas para el consumidor, se reflejan del lado del consumidor. Así que, esto hace ver a las políticas de competencia-- que no son inmediatamente populares, pero son buenas para el bienestar y un crecimiento productivo. Hacen que se pegue al consumidor.

A la inversa, la política del consumidor puede llegar a ser bastante legalista. Intervenciones con políticas de consumidor pueden lastimar a los mercados en algunas ocasiones. Así que, teniendo a las políticas de competencia y consumidor juntas, a menudo, quiere decir que podemos traer más economía a la política del consumidor y pensar acerca de los comportamientos del consumidor sobre la eficiencia en el mercado. Ese tipo de unión entre la economía de la ley del consumidor y la ley de competencia, pienso, es realmente importante.

DIAPOSITIVA 15

KOVACIC: Una segunda pregunta básica con respecto a la función de la política de competencia, que sólo se centra en la función de la ley de competencia, es ¿qué actividades específicas o instrumentos de las políticas deben utilizar las agencias de competencia para llevar a cabo los objetivos de la política de competencia? La tendencia moderna es que las agencias de competencia tratan de alcanzar los objetivos de la política de competencia a través de una variedad de instrumentos de las políticas.

Probablemente, la primera y más importante es la aplicación de ley. Para llevar los casos que se aplican prohibiciones contra ciertas formas de comportamiento.

DIAPOSITIVA 16

FREDERIC JENNY: Lo que también es muy útil para las autoridades de competencia es encontrar los casos adecuados, los casos en los que va a demostrar que la competencia incurre en enormes

costos para la gente, sobre los consumidores. Por lo tanto, usted tiene-- por ejemplo, usted tiene un cartel en el mercado del pan o la pita, dependiendo del país que se esté hablando. Todo el mundo entiende esto. Y, entonces todo el mundo entiende que el aspecto importante de la ley de competencia es realmente la protección de los consumidores.

Pero creo que cuando se inicia con una ley que es un poco ambigua, la selección de los casos, la selección de los buenos casos que todo el mundo puede entender, es la mejor cosa que usted puede hacer para tratar lentamente, pero sin pausa, de cambiar la percepción de la utilidad de la ley de competencia y moverse tanto en el público, sino también los encargados de formular políticas, hacia un enfoque más económico a la competencia.

DIAPOSITIVA 17

KOVACIC: Voy a ofrecer una generalización de lo que vemos a través de la experiencia de las agencias de competencia, es que a pesar de que este no es el único instrumento de la política, es probablemente el más importante para ganar credibilidad.

DIAPOSITIVA 18

ALBERTO HEIMLER: Tuvimos muchos casos relacionados correspondientes con los anteriores monopolios legales que intentaban bloquear el acceso a su mercado perfeccionado por los nuevos competidores. En particular, este fue el caso de transporte aéreo, empresas aeroportuarias que bloquearían el acceso a los competidores que operan en los servicios que los aeropuertos prestan. Recuerdo un caso relacionado con los servicios de abastecimiento, donde la compañía del aeropuerto de Roma estuvo involucrada en los servicios de abastecimiento proveyendo servicios de abastecimiento a empresas de transporte aéreo, y ésta estaba tratando de bloquear la entrada en las instalaciones aeroportuarias a otras empresas competidoras, y satisfactoriamente abrimos este mercado.

DIAPOSITIVA 19

KOVACIC: Para verlo de otra manera, si una jurisdicción no desarrolla la capacidad de aplicación y no aplica actualmente sus poderes legales, es difícil para la agencia de competencia ser vista como una fuerza creíble.

DISPOSITIVA 20

CELINA ESCOLAN: Otra recomendación es iniciar la aplicación de la ley de una manera fuerte, a partir de casos emblemáticos que pueden tener la capacidad de traer beneficios inmediatos a los productores y consumidores. En cuanto a los productores, verán que los beneficios empresariales no se reducen en toda la cadena de producción. Estos casos pueden estar relacionados con temas sensibles como el mercado de alimentos, como fue el caso de la harina de trigo en El Salvador, donde después de reformarse la ley de competencia era posible preparar los registros para obtener evidencia de cómo dos empresarios habían compartido el mercado y así sofocado la competencia.

DIAPOSITIVA 21

KOVACIC: Si tuviéramos que buscar en la ley de la competencia como, en efecto, a un centro comercial; la mayoría de los centros comerciales tienen un arrendatario ancla, una tienda principal, generalmente un gran almacén que es el arrendatario principal, y es el arrendatario en torno al cual otras tiendas y boutiques están construidas. Si usted no tiene un buen programa de aplicación de la ley, es difícil construir el centro comercial de la competencia, de la política de competencia.

Además de la aplicación de la ley al arrendatario, existen otras funciones importantes. Una es la de servir como un defensor de las políticas pro-competencia dentro del gobierno y fuera del gobierno, debido a que la ley de competencia invariablemente coexiste con otras políticas públicas. Muchas de estas otras políticas públicas desaprueban los enfoques que son favorables a la competencia. Una agencia de competencia puede trabajar muy duro para hacer cumplir la ley en contra del comportamiento privado o el comportamiento público. Pero si resulta que el poder legislativo o de otros ministerios puede adoptar una legislación o legislación secundaria que desplace a la competencia, entonces el trabajo de la agencia de competencia es reducido significativamente.

Así que, algunos de los trabajos más importantes que las agencias de competencia hacen es actuar como defensores de la elaboración de políticas a favor de la competencia, para desalentar a las legislaturas que adoptan medidas que restringen severamente el funcionamiento de la competencia como una fuerza para la mejora de los resultados económicos, y para desalentar a otros órganos de gobierno en la adopción de políticas, directrices, legislación complementaria que disminuyen el papel de la competencia.

DIAPOSITIVA 22

HEBA SHAHEIN: Después de un año de la creación de la autoridad de competencia, precisamente, en 2006, conseguimos iniciar un estudio en el sector cementero debido a que los precios eran muy altos y descubrimos que había un cartel de alrededor 20 productores. En menos de dos años el caso fue sometido a la Corte y que fue sancionado, lo que nos indicó, realmente, dos cosas principales. Primero, tuvimos la capacidad dentro de la opinión pública y segundo, nos ayudó frente al parlamento para tener una reforma de nuestra legislación en 2008.

DIAPOSITIVA 23

KOVACIC: Una tercera función esencial para el organismo de la competencia, además de la aplicación de la ley y la promoción de políticas, es la educación. La agencia de competencia tiene un papel crucial que desempeñar en la educación de las empresas sobre lo que se espera de ellos y, más en general, a educar al público en general sobre el valor de la ley de competencia. Todos los días de la semana, la agencia de competencia tiene que preguntarse ¿cómo vamos a popularizar, de manera efectiva, la ley? ¿Qué estamos haciendo para llegar al ciudadano común y a los grupos más grandes acerca de la importancia y el valor del derecho de la competencia a fin de que nuestro trabajo se entienda y que el público nos puede dar ideas, a los tomadores de decisiones, para dar luz sobre la mejor manera de llevar a cabo nuestro trabajo sobre toma de decisiones?

DIAPOSITIVA 24

EDUARDO PEREZ MOTTA: Así que, cuando usted empieza-- quiero decir, cuando usted inicia después de tantos años de historia en su país, y cuando la historia no está a favor de la eficiencia del

mercado, toma tiempo. Es difícil. Debido a que es difícil hacer que la gente acepte. Es difícil de transmitir, de traducir al público en general la importancia de la eficiencia del mercado. Y de cómo ellos se benefician de las decisiones que vienen de mercados eficientes a través de la competencia.

Entonces, en primer lugar, el desafío de promover la cultura de la competencia en su sociedad es una tarea diferente, especialmente para una agencia que está empezando.

DIAPOSITIVA 25

KOVACIC: Una cuarta función bajo el amparo de la ley de competencia es la investigación, donde la agencia de competencia utiliza algunos de sus propios recursos o participa en asociaciones con universidades, grupos de reflexión y de otros órganos fuera de sus propias paredes para llevar a cabo la investigación que identifica los problemas de la competencia en la economía e identifica las maneras de lograr soluciones efectivas y para medir los efectos de sus propias políticas de competencia.

Y la última herramienta es la presentación de informes y publicidad. Para emitir informes que documentan los resultados de su investigación, para la publicación de directrices que ayuden a los tomadores de decisiones en la modificación de su comportamiento para cumplir con la ley, y para emitir los estudios y declaraciones para que la sociedad en general entienda las razones de ser y las contribuciones de la ley de competencia. En resumen, la agencia de competencia que es efectiva hoy en día y será efectiva mañana, utiliza toda esta constelación de instrumentos de formulación de políticas para llegar a la mejor solución a los problemas de competencia.

DIAPOSITIVA 26

KOVACIC: Además de decidir qué funciones debe realizar la agencia, una pregunta crucial es ¿dónde debería la agencia estar ubicada en el organigrama de gobierno?, y más específicamente ¿cuál debe ser su relación con el proceso político?

Es un punto de vista común, y creo que ampliamente aceptado entre los organismos de competencia que un cierto grado de independencia es importante.

¿Qué quiero decir por la independencia? Quiero decir aislamiento de la formulación de políticas desde las legislaturas, de los jefes de Estado, de los jefes de los ministerios cuando se toma la decisión de enjuiciar casos o resolución de los casos. En otras palabras, no queremos que los funcionarios de la competencia contestado llamadas de teléfono diciendo que no va a tratar este caso o que darán preferencia a tal caso contra empresas desfavorecidas y o tener las decisiones de la agencia guiadas por una intervención política. En otras palabras, el núcleo a proteger de la mayoría de las agencias es su decisión de procesar los casos y su voluntad de resolver los casos.

En muchas instancias, la independencia se consigue mediante la creación de un cuerpo administrativo separado que no forma parte de un ministerio existente. Ese es quizás el modelo seguido por más de la mitad de las 110 agencias de competencia que existen hoy. Sin embargo, muchas agencias se encuentran dentro de los ministerios. La ubicación dentro de un ministerio no necesariamente significa que las decisiones de la agencia serán guiadas o controladas por sus supervisores ministeriales. Es posible, a través de un proceso de construcción de las costumbres,

hábitos, formas de hacer el trabajo, por una agencia para construir la insularidad de ese tipo de intervención política directa.

Pero el modelo dominante en el mundo de hoy es tratar de alcanzar la independencia mediante la creación de un órgano administrativo independiente que no está directamente vinculada a la legislatura o a un ministerio individual, aunque son posibles otros enfoques para lograr la independencia.

DIAPOSITIVA 27

ALBERTO HEIMLER: Creo que el aspecto más importante-- el elemento más importante para la creación de una institución poderosa e importante en el país es establecer de alguna manera que tenga la capacidad institucional similar a una de las instituciones más prestigiosas del país que por lo general es el Banco central. Por lo tanto, cuanto más similares en términos de la capacidad de sus empleados, en términos de su independencia, en cuanto a su profesionalidad del Banco Central, la autoridad antimonopolio sería mejor.

DIAPOSITIVA 28

KOVACIC: El grado real de independencia es una función de varias cuestiones subsidiarias. En primer lugar, ¿cómo se nombran los jefes de la agencia? ¿Quién los elige, el jefe de Estado? ¿Es la aprobación de la legislatura necesaria? Cómo los líderes-- ¿cómo se define el mandato de los líderes? ¿Pueden ser removidos en la voluntad del jefe de Estado o no se han fijado condiciones que les permitan permanecer en el cargo y ser removidos sólo por una muy buena razón?

En tercer lugar, ¿cómo funciona en el fondo la operación de la agenda? ¿Debe ir a la legislatura de cada año? ¿Cuenta con una fuente adicional de financiamiento que lo aísla de la necesidad de apelar a la legislatura sobre una base regular de fondos?

DIAPOSITIVA 29

CELINA ESCOLAN: Una cuestión importante es la definición del presupuesto dentro de la ley de competencia, ya que es necesario disponer de un presupuesto adecuado para garantizar salarios competitivos para el personal técnico, personal que deben ser cuidadosamente seleccionado y debe estar sumamente capacitado. Aquí, hemos invertido muchos recursos del gobierno y sería muy triste perder fácilmente este personal. Favorablemente, la Superintendencia de Competencia estaba comprometida en dar una fuerte batalla con el Ministerio de Finanzas para asegurar que estos salarios del personal fueran similares a los del sector privado. Por eso, la rotación de personal es muy baja. Además, los contratos se firmaran de forma permanente.

DIAPOSITIVA 30

KOVACIC: En cuarto lugar, ¿con qué facilidad puede una legislatura modificar la ley? Si llega a estar muy molesta con la agencia de competencia, ¿Qué tan sencillo es que la legislatura nacional simplemente cambie la ley y tal vez disminuya el papel de la agencia de la competencia?

Por último, una última pregunta es enfatizar en qué grado relativa a destacar qué grado de independencia son funcionales todas estas consideraciones, y en cuál estos organismos no son

completamente independientes del proceso político, no querríamos que una agencia sea completamente independiente del proceso político. Queremos que el organismo sea capaz de participar en conversaciones con los responsables políticos en su papel como defensor.

DIAPOSITIVA 31

KOVACIC: Como un conocido académico me ha señalado, él ha utilizado el ejemplo de un sistema solar. La tierra es lo suficientemente cercana del Sol para que no se congele, pero es lo suficientemente lejana que no se quema y convierta en cenizas, y eso es probablemente la forma en que debe tener una agencia de competencia del proceso político, estar lo suficientemente lejos de la sol para que no quemarse en las demandas de la acción o inacción. Pero estar lo suficientemente cerca para que el proceso político no congele las decisiones clave sobre la organización económica y la formulación de políticas.

DIAPOSITIVA 32

KOVACIC: Otra cuestión importante de la organización es la forma de gobernanza y existen dos modelos básicos que las agencias de competencia tienden a usar. Uno es tener una jerarquía unitaria en la que la agencia tiene un solo jefe que toma decisiones en nombre de la agencia. La alternativa es tener un foro o un órgano colegiado que tome decisiones en nombre de la agencia a partir de un proceso. Un híbrido de esto es tener una jerarquía en la que se tiene un solo ejecutivo, pero la agencia se basa en el asesoramiento de un consejo fuera de la agencia acerca de cómo llevar a cabo sus asuntos. Y, generalmente, las opiniones de este foro no son obligatorias. Ellos no vinculan a la agencia, sino que aconsejan, un híbrido entre la jerarquía unitaria y la junta directiva o del colegio.

Cualquiera que sea la estructura de gobernanza que se elija ¿cuál es el perfil del cual provienen los líderes? Más de la mitad de las agencias de competencia en el mundo de hoy están a cargo de los economistas. Los economistas ofrecen la forma típica de la presidencia. No es una preponderancia, pero la mayoría son economistas. El segundo grupo de liderazgo está conformado por abogados. En otros casos, las agencias de competencia están a cargo de líderes empresariales, defensores de consumidores, académicos que no tienen experiencia en la práctica de la abogacía o en la economía pero son expertos en ciencias políticas y en administración de empresas. La organización interna es la última preocupación clave para la gobernanza y las agencias de competencia han intentado cada método que han podido concebir para organizar sus operaciones internas.

Algunos organizan las operaciones dependiendo de la función, por ejemplo, lucha contra los cárteles y la lucha contra las concentraciones. Otros lo hacen por sectores, la política energética y alimentaria. Algunos lo hacen de ambas maneras. Con respecto a los economistas, algunos los dejan a cargo de los casos de manipulación de los equipos de dirección. Sin embargo, una tendencia cada vez mayor en el mundo hoy en día es tener un equipo independiente de economistas, una unidad que reporta directamente al director de la agencia.

DIAPOSITIVA 33

KOVACIC: Otra cuestión clave de la organización es determinar quién decide procesos judicial. A veces es la propia agencia administrativa que opera a través de la junta o de un solo jefe de la agencia. Para la ejecución penal, sin embargo, la autoridad reside siempre en manos de un fiscal. A

veces, ese papel se unifica con la agencia de competencia, como lo es en los Estados Unidos con el Departamento de Justicia, que tiene una unidad de defensa de la competencia, es decir, la División Antimonopolio, pero el Departamento de Justicia también el fiscal penal en el ámbito nacional.

Más de 20 jurisdicciones hoy tienen algún nivel significativo de sanciones penales nominales. Aunque la aplicación efectiva de esas sanciones se lleva a cabo en un número relativamente pequeño de países, como los Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido e Irlanda.

Una última pregunta es relativa a la acción privada, es decir, si el poder para enjuiciar está dedicado a tomadores de decisiones privados que actúan, en efecto, como delegados de los fiscales. Esto puede ser una cura contra el incumplimiento o la captura por parte de la agencia pública. Puede ser una manera de aumentar el cumplimiento. Ahora, más de 40 de los 110 sistemas de competencia hoy en día tienen algún tipo de derechos de acción.

DIAPOSITIVA 34

KOVACIC: Otra cuestión clave es el que determina la culpabilidad. ¿Todos los casos deben ser juzgados, en primera instancia, ante los tribunales? Varias jurisdicciones hacen las cosas de esa manera. Pero otros utilizan el proceso de toma de decisiones administrativas a través del cual la agencia administrativa decide perseguir, también decide qué sanciones son apropiadas y determina la responsabilidad o la culpa, sujeto a la revisión de los tribunales de apelación que se colocan por encima de ellos.

DIAPOSITIVA 35

KOVACIC: Otra cuestión clave recientemente sugerida, es el papel del poder judicial. En muchos países, el poder judicial sirve como el foro en el que los casos se deciden en primera instancia. En los casos en que se basan en gran medida en la toma de decisiones administrativas y de acción en el que el órgano administrativo es responsable de tomar las decisiones de enjuiciar, sino también de decidir si se ha producido una infracción y la imposición de sanciones, el poder judicial tiene un papel importante en la supervisión de las decisiones de los órganos administrativos expertos.

Una pregunta relacionada es si, en la formulación de la función de la judicatura, hay que confiar en los tribunales generales o crear tribunales especializados. Muchas jurisdicciones han decidido establecer tribunales especializados, ya sea organismos especializados autónomos, Sudáfrica y el Reino Unido son un ejemplo, o crear salas especiales de expertos en el marco actual de los tribunales nacionales. El modelo dominante es confiar en los tribunales generales, pero hay una enorme cantidad de experimentos que tienen lugar en todo el mundo hoy en día.

DIAPOSITIVA 36

KOVACIC: Otra cuestión sobre el diseño institucional es definir la relación de la agencia de competencia con otros organismos públicos. Es común, por ejemplo, para las subdivisiones políticas dentro de las jurisdicciones tengan autoridad para aplicar la ley de competencia. Por ejemplo, los estados miembros de la Unión Europea o regiones individuales dentro de un estado específico, como por ejemplo el gobierno de España y la dedicación de la elaboración de políticas de competencia a las regiones dentro del propio gobierno español.

Además, generalmente existen otras autoridades reguladoras a nivel nacional que hacen que las decisiones políticas afecten a la competencia de manera profunda. Estos incluyen organismos sectoriales encargados de las telecomunicaciones o de la ley de energía. Y una pregunta clave es, ¿qué relación tienen con la agencia de la competencia? A veces, por ley, las autoridades reguladoras y la agencia de la competencia han compartido autoridad. A veces, la ley otorga al regulador sectorial un papel dominante a reserva del asesoramiento y la orientación de la autoridad de competencia. A veces es la agencia de la competencia que tiene el papel principal y es responsable de aceptar asesoramiento y orientación por parte del regulador sectorial.

En muchos casos, la relación entre el regulador sectorial y la agencia de competencia se rige por acuerdos oficiales, memorandos de entendimiento por el cual el organismo de la competencia y el regulador sectorial organizan su relación.

DIAPOSITIVA 37

KOVACIC: La última pregunta clave que quiero enfatizar es la cuestión de las sanciones. Una cuestión crucial en la decisión de cumplir con la ley es la cuestión de ¿cómo será castigado si no cumplo con la ley? Una ley con comandos sustantivos nominalmente poderosos y sanciones débiles no engendrará su cumplimiento de parte de las empresas afectadas. La gama de sanciones disponibles para las agencias de competencia es considerable y hay una gran variación en la forma en que los sistemas de la competencia deciden castigar a los malhechores.

El paso más poderoso, tal vez, es la imposición de la sanción de prisión para las personas que han violado la ley. Este es un paso muy grande para un sistema de competencia, ya que afecta la identidad del fiscal, es decir, que tendrá que ser un fiscal responsable ante el Ministerio de Justicia. También aumenta, al menos de manera implícita o explícita, el nivel de evidencia de que la ley de competencia debe satisfacer. La idea aquí es que sanciones más poderosas, mayor será la seguridad de que un sistema jurídico querrá que las sanciones sean llevadas apropiadamente para soportar a las personas verdaderamente culpables.

Además de la reclusión, a veces se imponen sanciones criminales. Por ejemplo, en Egipto, se denominan a delitos de competencia como delitos criminales, la pena impuesta es una multa, no son penales. Muchas jurisdicciones tienen alguna forma de la reparación civil en la que la autoridad de competencia puede imponer, generalmente, un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa considerada que ha violado la ley. También es común que los organismos de la competencia obtengan mandatos judiciales para prohibir la continuación de malas conductas, a veces imponer remedios estructurales como la desincorporación de activos o una serie de medidas híbridas que tienen características tanto de controles sobre la conducta, como también de características estructurales. Un ejemplo serían las licencias obligatorias de la propiedad intelectual.

Es común que las sanciones que se imponen a través de la orden de un tribunal judicial o un órgano administrativo, como también por el acuerdo mediante el cual una agencia de competencia resolverá las reclamaciones por un acuerdo con el acusado, a través del cual el acusado se compromete a someterse a ciertas obligaciones de sanciones a cambio de un compromiso con las afirmaciones que se han hecho.

DIAPOSITIVA 38

KOVACIC: Quiero enfatizar la interdependencia entre estos elementos, es decir, existe una fuerte interdependencia entre los remedios que se impongan, las normas de responsabilidad que se establezcan y la prueba que se requiere para establecer infracciones. Una vez más, considere el ejemplo de la aplicación de sanciones penales para castigar al comportamiento, como por ejemplo los cárteles. La sanción penal de privación de la libertad es bastante potente, pero para imponer esa sanción, la mayoría de los sistemas jurídicos exigirán un alto grado de seguridad para que la violación se demuestre, lo que en muchos sistemas llaman la prueba más allá de toda duda razonable. Así, cuanto más poderoso sea el esquema de remedios, por lo general, mayores serán las exigencias de que una prueba sea robusta.

Pero es cierto, también, para la aplicación de sanciones civiles, tales como la reparación civil del daño, aplicación de remedios civiles o desincorporación, en donde, en efecto como una cuestión de una normatividad formal legal o un proceso implícito en la toma de decisiones, los tribunales judiciales tienden a querer una mayor seguridad de que las imputaciones estén bien fundamentadas, que la infracción esté claramente establecida y que el remedio que se imponga sea verdaderamente proporcional al daño que se ha ocasionado.

DIAPOSITIVA 39

KOVACIC: Un elemento final que voy a identificar acerca del funcionamiento de un sistema de competencia es la recopilación de información, y el punto básico es que las agencias de competencia deben tener acceso a los registros de negocios para operar con eficacia, para demostrar el hecho de la infracción, para definir los límites de un mercado de referencia, para identificar el diseño adecuado de los recursos. Una agencia de competencia no tiene un buen funcionamiento a menos que tenga acceso obligatorio a los registros comerciales. Esto se puede lograr a través de la presentación de demandas de información obligatoria, a veces llamados citaciones o demandas investigativas civiles.

Algunas veces este acceso es impuesto, proveyendo a la agencia de competencia la capacidad de dirigir redadas en los locales de los negocios, llamadas en la Unión Europea y otras jurisdicciones allanamientos, donde la agencia llega con un documento que le permite el acceso a los locales del negocio e iniciar una inspección de sus registros.

Otra información clave sobre las técnicas de recopilación modernas son lo que se llama clemencia o amnistía y esto esencialmente proporciona a las empresas culpables exención de penas a cambio de su disposición a presentarse voluntariamente y proporcionar información del crimen. Este ha sido un mecanismo crucial para el descubrimiento y el enjuiciamiento de los acuerdos del cártel en todo el mundo, y ahora es raro que una autoridad importante y exitosa de la competencia no tenga una efectiva protección por clemencia.

Un corolario importante de estas técnicas de recolección de información es la imposición de fuertes sanciones por la destrucción de pruebas que sean pertinentes y que responde a una investigación del gobierno, es decir, la mayoría de las jurisdicciones sanciona severamente a las empresas, que, al recibir una demanda de información, destruyen los registros pertinentes.

DIAPOSITIVA 40

KOVACIC: En todas estas actividades, decir la forma apropiada de gobernanza, organización, operación, administración, diseño institucional, existe un creciente papel de la cooperación internacional. Esto toma la forma de acuerdos bilaterales que vinculan a dos jurisdicciones en conjunto, acuerdos regionales como los arreglo de ASEAN, COMESA y CARICOM en el Caribe, e unen a los diferentes países en una región específica en los esfuerzos de cooperación, a veces incluyendo a la policía.

DIAPOSITIVA 41

KOVACIC: Por último, la participación en los acuerdos multinacionales más grandes, como la UNCTAD, la OCDE y su comité de competencia y su Foro Global sobre Competencia, y la Red Internacional de Competencia (ICN). Estos foros se están convirtiendo cada vez más importantes mecanismos para el intercambio de técnicas superiores, la identificación de enfoques prometedores para la organización y para desarrollar las relaciones de cooperación que faciliten el cumplimiento.

DIAPOSITIVA 42

THULA KAIRA: ... gracias a Dios por diversos actos de procedimiento que se han producido ya por instituciones como la Red Internacional de Competencia, y los que han sido muy útil para nosotros en realidad-- en lugar de contratar a un consultor para hacer ciertas cosas, el proceso de definición del mercado y la economía análisis, la recopilación de pruebas, encontramos que la Red Internacional de Competencia y los materiales que se encuentran en el sitio web realmente han venido muy bien para nosotros. . . .

DIAPOSITIVA 43

KOVACIC: El ciclo común que, creo caracteriza a las agencias en su éxito tiene tres partes. Todas las agencias, en muchos sentidos, se dedican a la experimentación de políticas porque ninguna tiene el conocimiento con absoluta precisión y certeza sobre cuál es el mejor conjunto de arreglos institucionales antes de embarcarse en el proceso de establecer una ley de competencia.

Por lo tanto, una manera de mirar a la formación de un sistema de competencia es en su forma de experimentación. Pero una vez que hemos experimentado con técnicas, el segundo paso necesario es hacer lo que hacen los científicos con experimentos y eso es evaluar los resultados. ¿Es el actual marco tan bueno como podría ser? ¿Hemos aprendido algo de nuestros esfuerzos para aplicar la ley y para utilizar otras herramientas de política? ¿Vemos las lagunas en la recopilación de información de poderes o sanciones que deben ser curados? ¿Hemos aprendido algo en referencia a la experiencia de otras jurisdicciones para que podamos referencia a nosotros mismos con su experiencia en operaciones para identificar técnicas para la mejora de la nuestra?

Entonces, el tercer elemento de ese ciclo común, ciclo de vida es el ajuste. Usted puede comparar un sistema de competencia con un sistema informático, que requiere mejoras en tal vez el sistema operativo y el software para lograr buenos resultados. Así, tal como el estado de arte del software computacional y los sistemas de información cambian con el tiempo, a un estado más rápido, así, también, debemos estar en sintonía para hacer mejoras y adaptaciones a nuestros propios sistemas. Es menos importante donde usted inicia que qué tan difícil usted trabaja para conseguir esas mejoras.

DIAPOSITIVA 44

KOVACIC: Y como un colega académico suele decir, es lo que tu aprendes después de saberlo todo lo que realmente cuenta, y eso es cierto en la política de competencia. La actitud que impulsa a las agencias, al igual que las empresas privadas, para alcanzar la grandeza y sostener la grandeza es un hábito y una costumbre de la mejora continua.

DIAPOSITIVA 45

KOVACIC: Voy a terminar por definir los desafíos que enfrentan las agencias en las operaciones de la aplicación de este marco. ¿Qué tiene que hacer una agencia para tener éxito?

Siete puntos. En primer lugar, establecer su credibilidad y presencia, que es una combinación de la aplicación de la ley, la publicidad, la promoción, la buena investigación y la publicidad, en segundo lugar, la clave del éxito es la obtención y el mantenimiento de los buenos líderes y personal profesional. Ninguna agencia es mejor que la calidad de su gente en la parte superior y en toda la institución, hasta el manejador de casos de menor antigüedad.

En tercer lugar, establecer claramente las expectativas apropiadas con la sociedad en general y con las instituciones políticas, metas sobre lo que hacen y lo que pueden lograr, en cuarto lugar, obtener la autonomía en la decisión de enjuiciar, en el sentido de independencia que he mencionado antes; quinto, participar en una conversación continua con los tribunales para obtener la comprensión de la ley de competencia, lo que requiere y por lo que su aplicación es un elemento importante de la política nacional.

Siguiente, establecer vínculos efectivos con otras instituciones en el país y en el extranjero, los reguladores sectoriales, subdivisiones políticas de competencia, sino también a nivel internacional, y por último, la creación de negocios y la conciencia social acerca de lo que la ley de competencia tiene que hacer.

Estos son los elementos críticos de la construcción de una nueva institución, pero para las instituciones antiguas, estas tareas no se detienen, ya que es la continuación del desarrollo y aplicación de la política y el perfeccionamiento y la mejora de las técnicas que caracteriza a una institución buena y exitosa política de competencia.