



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

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/67
14 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y
las Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Noveno período de sesiones
Ginebra, 15 a 18 de julio de 2008
Tema 3 a) del programa provisional

**INDEPENDENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS DE LAS
AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA COMPETENCIA**

Nota de la secretaría de la UNCTAD*

Resumen

Un examen de los conceptos de independencia y rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia y de la forma en que se los aplica en la práctica revela matices según los distintos países, incluso cuando éstos han respondido a las presiones y han aprendido del establecimiento satisfactorio de autoridades independientes en otros países. Esas diferencias en la aplicación se deben a factores jurídicos, administrativos, políticos y económicos, lo que indica que muy probablemente no sería conveniente buscar una norma única de independencia y rendición de cuentas. Sin embargo, la mayoría de los países reconocen que es deseable evitar servir los objetivos limitados de grupos de intereses al aplicar el derecho de la competencia y para ello han instaurado diferentes mecanismos de control. La independencia se ve contrapesada por la voluntad de aplicar criterios más estrictos en materia de rendición de cuentas; además, especialmente para los países en desarrollo, la rendición de cuentas es esencial para el desarrollo. En ese sentido, el desafío que deben afrontar todos los países consiste en encontrar el mejor equilibrio entre la autonomía y el control.

* El presente documento se presentó en la fecha mencionada debido a demoras en su procesamiento.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN.....	1	3
II. PANORAMA GENERAL.....	2	3
III. DEFINICIONES Y CONCEPTOS	3 - 12	3
IV. DESCRIPCIÓN DE LA INDEPENDENCIA	13 - 27	6
V. DESCRIPCIÓN DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS.....	28 - 36	11
VI. SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO..	37 - 50	14
VII. OBSERVACIONES Y TEMAS QUE SE DEBEN SEGUIR EXAMINANDO.....	51 - 53	18
Referencias		20

I. INTRODUCCIÓN

1. El debate en torno a la independencia y la rendición de cuentas es una característica permanente de la creación y la existencia de toda autoridad encargada de la competencia. El debate se abre con la redacción de una ley de defensa de la competencia y el establecimiento de una autoridad encargada de aplicarla y hacerla cumplir. Luego, se reaviva periódicamente cuando la autoridad encargada de la competencia se esfuerza por encontrar, y luego mantener, una situación satisfactoria a juicio del gobierno, la opinión pública nacional y sus pares. El presente documento es una nota de antecedentes destinada a ayudar a los Estados miembros a estructurar las discusiones sobre este tema.

II. PANORAMA GENERAL

2. En el capítulo III se aborda la concepción actual de una autoridad independiente encargada de la competencia y los argumentos a favor de la independencia de ese órgano. También se examinan los criterios de la rendición de cuentas. En los capítulos IV y V, se examinan, con ejemplos procedentes de varias jurisdicciones, los diversos puntos de referencia utilizados para juzgar la independencia y la rendición de cuentas y los principios pertinentes. En el capítulo VI se estudian algunas de las tensiones asociadas con la independencia y la rendición de cuentas y los escollos que pueden surgir a raíz de las condiciones económicas y fiscales menos favorables que imperan en los países en desarrollo. En el capítulo VII se concluye señalando diferentes cuestiones que merecen un análisis más profundo.

III. DEFINICIONES Y CONCEPTOS

3. Está comúnmente aceptado que los organismos de regulación independientes son básicos para una buena gestión reguladora en las economías liberalizadas y la economía mundial globalizada. De hecho, la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD se ha elaborado partiendo del supuesto de que la autoridad administrativa más eficaz para la defensa de la competencia es probablemente: a) un organismo público cuasi autónomo o independiente del gobierno, con amplias facultades judiciales y administrativas para realizar investigaciones y aplicar sanciones; y b) un organismo que ofrezca la posibilidad de recurrir ante un organismo judicial superior. Otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, los bancos regionales de desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), también recomiendan que haya entidades reguladoras independientes.

4. En general se acepta que las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia deben basarse en elementos objetivos, que dichas autoridades deben respetar firmemente los principios del mercado y que el proceso de adopción de decisiones debe caracterizarse por su neutralidad y transparencia. El razonamiento que sustenta esta opinión es que las políticas sólo obtienen buenos resultados si las decisiones de la autoridad de la competencia no tienen motivaciones políticas, no son discriminatorias y no se adoptan para servir los objetivos limitados de grupos de intereses. En general, este razonamiento se traduce en la exigencia de mantener a las autoridades encargadas de la competencia al margen de cualquier influencia política indebida, estableciendo una relación de independencia entre ellas y las autoridades

políticas. En la práctica, ello requiere la separación de los procesos de ejecución y de formulación de políticas y un cambio con respecto a la estructura tradicional de los mecanismos gubernamentales. De ese modo, el gobierno (o el ministro que lo represente) está obligado a ceder el control de las actividades cotidianas y la adopción de decisiones a la autoridad de la competencia. Como consecuencia directa de ello, los grupos de intereses privados ya no tienen la posibilidad de ejercer presión sobre los ministros y pierden los medios de obtener un trato favorable¹. Así pues, la independencia de las autoridades encargadas de la competencia en general consiste en que tienen personalidad jurídica propia y en que son órganos estructuralmente separados del gobierno. En consecuencia, las autoridades de la competencia suelen ser organismos de derecho público establecidos en virtud de un instrumento legislativo específico para asumir responsabilidades concretas.

5. La ley por la que se establece una autoridad de la competencia no sólo define la estructura de ésta sino que constituye además el fundamento jurídico de su independencia operacional (también denominada funcional), pues establece sus funciones, sus facultades, la forma en que se nombrará a sus directivos y su personal, la duración de su mandato y las condiciones de su destitución y la forma en que se financiará el organismo. Asimismo, se suele establecer la forma en que el organismo se relacionará con los poderes ejecutivo y legislativo. De ese modo se procura garantizar la autonomía del organismo y establecer su independencia con respecto a las autoridades políticas.

6. Es común que la independencia de las autoridades encargadas de la competencia goce de protección jurídica y, aunque se observa cierto grado de transferencia y convergencia de políticas, hay gran variedad en la estructura de los organismos de la competencia de los diferentes países. Estas divergencias son indicativas del hecho de que la independencia es una condición diferenciada. La conclusión de diferentes análisis históricos (Thatcher, 2002; Cukierman, 2005; Banco Mundial, 2000; Wettenhall, 2005; Polidano, 1999; Thatcher y Stone Sweet, 2002) es que las tradiciones políticas, jurídicas y administrativas de los distintos países tienen una influencia considerable en la estructura y las funciones de los organismos reguladores independientes, aun cuando los países hayan respondido a las presiones externas y hayan aprendido del establecimiento satisfactorio de autoridades independientes en otros países. Es bien sabido, como lo demuestra la experiencia de otros organismos reguladores, como los bancos centrales, que aunque la legislación sea muy explícita, la práctica puede apartarse de la letra de la ley. Ciertos factores, como las tradiciones administrativas o la personalidad de sus altos funcionarios, a menudo influyen en el verdadero grado de independencia del organismo, aumentándolo o disminuyéndolo. También ocurre que por efecto de normas informales y sin intervención legislativa aumente el grado real de independencia del organismo. El contexto más amplio, en el sentido de su localización, es por lo tanto digno de mención, y la independencia

¹ Estas reformas respondían a factores como los incrementos de eficiencia y la necesidad de conocimientos técnicos especializados para la prestación de servicios públicos, entre otros motivos. En el contexto de la liberalización, se consideraba además que los organismos reguladores independientes eran un medio de garantizar que los gobiernos cumplieran sus compromisos de liberalización. Es en general más difícil para los gobiernos lograr modificar la legislación, pues en todas partes los órganos legislativos suelen ser renuentes a modificar las leyes.

jurídica no es sino uno de los factores importantes que determinan la verdadera independencia de las autoridades de la competencia.

7. Generalmente se admite que toda evaluación de la independencia de las autoridades de la competencia debe necesariamente ser un examen tanto de la independencia *de facto* (la realidad) como de la independencia *de jure* (la reflejada en las leyes), pues la medición de la independencia varía en los distintos países. Según Thatcher y Stone Sweet (2002), desde el punto de vista de la ciencia política, la independencia *de facto* debe entenderse como un proceso dinámico caracterizado por efectos de retroalimentación entre los poderes ejecutivo y legislativo y la institución independiente. La independencia es variable y suele ser más útil hablar de grados de independencia que de independencia absoluta. Es posible tener más o menos independencia, tanto desde el punto de vista formal como en la práctica. Por consiguiente, no hay una norma única de independencia que los países deban adoptar. Además, el que una autoridad sea independiente no significa que no rinda cuentas a nadie.

8. La creación de estos órganos suele realizarse mediante leyes en las que a menudo se determina su responsabilidad jurídica definiéndose mecanismos de presentación de informes de resultados. Muchas leyes de defensa de la competencia obligan a la autoridad de la competencia a presentar un informe anual al Parlamento y a dejar constancia de sus decisiones, motivadas, en los archivos públicos. A menudo se redactan las leyes de defensa de la competencia de modo que las autoridades encargadas de aplicarlas tengan considerables facultades discrecionales. Sin embargo, como las autoridades de la competencia tienen la obligación legal de ejercer esas facultades correctamente, es habitual que el poder legislativo prevea un examen judicial para fiscalizar las acciones de esas autoridades. También es frecuente que en las leyes de constitución de las autoridades de la competencia se establezcan la función y las facultades de los tribunales para aplicar la legislación sobre la competencia.

9. Cuando las autoridades de la competencia son directamente responsables ante el Parlamento, se plantea la cuestión de si el Parlamento tiene capacidad para ejercer un control efectivo. Si bien el Parlamento puede valerse de las leyes de constitución de las autoridades de la competencia para fiscalizar sus acciones, la aplicación de la legislación sobre la competencia es técnica y compleja. A menudo resulta más fácil ceder controles administrativos que aplicar un sistema de rendición de cuentas. En muchos países existe la percepción de que los gobiernos no han dado la importancia suficiente a clarificar las funciones y responsabilidades de los que dirigen los órganos independientes ni a establecer mecanismos de rendición de cuentas. Por lo tanto, se considera que esos órganos han adquirido independencia sin haber deparado a cambio resultados adecuados².

10. Así pues, entre la independencia y la rendición de cuentas se da un fenómeno de compensación recíproca: una mayor discrecionalidad se acompaña de normas de rendición de cuentas más estrictas. Este fenómeno se considera en general deseable porque garantiza que la autoridad de la competencia no se aparte del programa delineado por el poder legislativo. La independencia y la rendición de cuentas también pueden considerarse interdependientes, en el sentido de que cuando se considera que la rendición de cuentas es óptima, hay más voluntad de otorgar mayor discrecionalidad e independencia. Lo contrario también es cierto y cabe prever

² OCDE, 2004.

que si se considera que no hay suficiente rendición de cuentas, habrá mayor presión sobre los poderes ejecutivo y legislativo para que ejerzan una actividad de control. En Australia por ejemplo, en 2002 el Gobierno de John Howard encomendó un examen de la gestión institucional de las autoridades de derecho público (el denominado Examen Uhrig) que supuso un estudio de las relaciones entre las autoridades de derecho público y el ministro responsable y que fue considerado por muchos como un esfuerzo para ejercer un control más estricto de los reguladores independientes.

11. Cada vez hay más indicios de que los países de la OCDE que han delegado muchas responsabilidades a órganos independientes se ven ante el desafío de encontrar el mejor equilibrio entre autonomía y control (OCDE, 2002 y 2004). Desde fines de los años noventa, algunos países de la OCDE (por ejemplo Australia, el Canadá, Nueva Zelandia y el Reino Unido) han elaborado leyes marco en las que se definen las posibles estructuras orgánicas de las instituciones del sector público y se establecen normas para su gestión. De ese modo se pretende mitigar los riesgos inherentes a la disminución de la transparencia gubernamental para el ciudadano y el entorpecimiento de la supervisión y la rendición de cuentas en el seno del gobierno que acompañan la creación de órganos independientes ajenos al núcleo de la administración pública³.

12. Queda pues claro que, en realidad, la independencia nunca es absoluta. Algunos aducirían que es más adecuado hablar de "autonomía" pues este término refleja el fenómeno de compensación recíproca entre la independencia y la rendición de cuentas. También se considera menos ambiguo por el hecho de que las autoridades de la competencia son, en lo esencial, órganos del sector público que prestan un servicio público, suelen emplear a funcionarios públicos y dependen completamente de fondos del gobierno.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA INDEPENDENCIA

13. En el capítulo anterior se abordaron los conceptos de independencia jurídica (formal) y de rendición de cuentas. En el presente capítulo se examinará la forma en que se concede independencia a las autoridades de la competencia en las diferentes jurisdicciones y se gestiona la relación de compensación recíproca entre la independencia y la rendición de cuentas sobre la base de los diferentes elementos descritos en el capítulo anterior.

14. Una autoridad de la competencia que tiene independencia formal suele ser una institución independiente que no está ubicada físicamente en un ministerio del gobierno. La tendencia en la mayor parte de los países, tanto desarrollados como en desarrollo, es instituir regímenes de aplicación de la legislación sobre competencia que incluyan instituciones separadas, con una autonomía administrativa considerable respecto de los ministerios tradicionales, integrados verticalmente. Éste es el caso en la mayor parte de las economías desarrolladas, los países en desarrollo y las economías en transición. Sin embargo, hay algunas diferencias en ciertos países (por ejemplo el Brasil, Burkina Faso, Panamá, Túnez y Viet Nam), las funciones de

³ Cabe mencionar que esas reformas del sector público no anunciaban una abolición de los órganos públicos independientes y no necesariamente ponían en duda la necesidad de su independencia.

investigación de la autoridad de la competencia se atribuyen a una dependencia (o varias) de un ministerio, y las funciones resolutorias están a cargo de un órgano colegiado, como una junta de comisionados (en el Brasil) o de un consejo (en Burkina Faso, Túnez, el Uruguay y Viet Nam). También puede haber diferencias en el grado de importancia que se reconoce en las diferentes jurisdicciones a la independencia de determinadas funciones en la aplicación de la legislación sobre competencia. Así pues, quizá la independencia formal se considera esencial para la función de adopción de decisiones y no tan indispensable para la función de investigación⁴.

15. Es interesante señalar que, en algunos casos, la autoridad de la competencia empezó siendo una dependencia ministerial para luego cobrar mayor independencia (por ejemplo el consejo de Túnez y los organismos del Brasil), lo cual es síntoma de un proceso dinámico y evolutivo. También hubo casos en los que se ha hecho caso omiso de la independencia jurídica de la autoridad de la competencia, como sucedió en el Uruguay y el Brasil. El organismo encargado de la competencia del Uruguay es muy nuevo y es por lo tanto difícil formarse una opinión concluyente, pero el Conselho Administrativo de Defesa Econômica del Brasil tiene ya un buen número de años de experiencia en la aplicación de la legislación sobre competencia y, desde ese punto de vista, todo parecería indicar que la autoridad ha logrado mantener su independencia.

16. Normalmente se considera que el hecho de que una autoridad de la competencia realice sus actividades diarias de aplicación de la legislación sobre competencia y adopte decisiones con cierto grado de libertad significa que la autoridad no se somete habitualmente a la supervisión directa del gobierno y que se le han otorgado todas las facultades necesarias para cumplir su función. En esas condiciones, la autoridad tendría facultades discrecionales para definir sus propias prioridades con respecto a la detección e investigación de infracciones al derecho de la competencia y a la tramitación de denuncias. También tendría la facultad de negarse a investigar casos en los que considere que los motivos del denunciante son sospechosos. En ese sentido, las dependencias ministeriales tienen limitaciones pues están sujetas a las prioridades ministeriales y a influencias políticas.

17. El libre ejercicio de la aplicación de la legislación sobre competencia también suele ser interpretado en relación con la forma en que los países deciden articular los objetivos de sus leyes nacionales de defensa de la competencia. Los pareceres sobre los objetivos que debe tener una ley de competencia son muy diversos. Para los puristas, los objetivos que no se relacionen con la eficiencia no son válidos porque conllevan un riesgo de que las decisiones de la autoridad de la competencia queden expuestas a influencias indebidas y requieren compensaciones recíprocas entre los objetivos de eficiencia y los de otra índole. Según la perspectiva de desarrollo, los objetivos de eficiencia son la meta principal de la aplicación de la legislación sobre competencia, pero los graves problemas sociales y económicos que aquejan a los países en desarrollo obligan a los gobiernos a valerse de todos los instrumentos de política para hacer frente a esos males. Según Lewis (2001), básicamente se pueden adoptar tres enfoques para conciliar las inquietudes relacionadas con la competencia y las ajenas a la competencia (véase el recuadro *infra*).

⁴ Puede haber otros motivos, como se verá en el capítulo VI.

Gestión de criterios ajenos a la competencia

La gestión de criterios ajenos a la competencia puede consistir en:

- a) Ignorar la necesidad de conciliar cuestiones relacionadas con la competencia con cuestiones de otra índole y tener en cuenta los criterios ajenos a la competencia subrepticamente (es decir, incorporar de forma encubierta aspectos de interés público en el análisis de cuestiones del ámbito de la competencia), pero esto conduce a una falta de transparencia y distorsiona el análisis;
- b) Encomendar la decisión final a un dirigente con responsabilidad política, pero un político puede no ser la persona más adecuada para adoptar esas decisiones y puede estar sujeto a las presiones de diferentes grupos de interés;
- c) Incorporar criterios de interés público en la ley y obligar a la autoridad de la competencia a aceptar la compensación recíproca entre ambos tipos de criterios, lo cual tiene la doble ventaja de ser transparente y de obligar a la autoridad a sopesar y explicar las consecuencias de la decisión adoptada.

Fuente: Whish (2003).

18. En varias jurisdicciones se han ideado diferentes procedimientos para externalizar las decisiones relacionadas con consideraciones ajenas a la eficiencia, por lo general dejando la facultad de conceder exenciones a órganos judiciales (por ejemplo en los Estados Unidos) o a un ministerio. Otras jurisdicciones disponen de procedimientos para incorporar diferentes consideraciones ajenas a la eficiencia en la ley de defensa de la competencia en forma de disposiciones relativas al interés público, según las cuales la autoridad de la competencia tiene la obligación de adoptar un criterio de interés público determinado (por ejemplo en la Unión Europea y en Sudáfrica) o bien confieren al ministerio pertinente facultades expresamente delimitadas (por ejemplo en Italia, Jamaica, el Reino Unido y Singapur), a menudo para examinar operaciones de fusiones y adquisiciones. En muchos casos, existen disposiciones relativas al interés público de algún tipo, pero la autoridad de la competencia o el ministerio no las aplican nunca (por ejemplo en Italia) o sólo lo hacen raramente.

19. A menudo se arguye que en los países en desarrollo y las economías pequeñas (incluso cuando son países desarrollados) las medidas impulsadas por el mercado no garantizan necesariamente resultados eficientes y positivos para el bienestar del consumidor, porque los orígenes de muchos de los problemas de competencia en los mercados pequeños son de carácter estructural⁵. Este argumento no sólo refuerza la idea de que las disposiciones relativas al interés

⁵ Por ejemplo, en su presentación en el debate de la OMC sobre un posible acuerdo multilateral sobre la competencia, el Canadá indicó que tradicionalmente su política en materia de competencia se había adaptado para reflejar las características especiales del país, caracterizado

público podrían ser más importantes en las leyes de defensa de la competencia de los países en desarrollo y las economías pequeñas, sino también indica de que se da más importancia a la regulación sectorial, dejando sectores considerables de la economía al margen de la libre competencia. Es difícil encontrar una economía que esté totalmente libre de regulación. Las autoridades de la competencia y los reguladores sectoriales coexisten en condiciones variadas. Los países abordan de diferente forma la cuestión de los sectores regulados, pero es común que se opte por excluir a algunos o a todos los sectores regulados del ámbito de la ley de defensa de la competencia (por ejemplo en Colombia) o por dar atribuciones concurrentes a la autoridad de la competencia y a la autoridad reguladora del sector en lo referente a cuestiones de la competencia en algunos o en todos los sectores (por ejemplo en el Reino Unido y Sudáfrica). En general, se pueden clasificar los diversos planteamientos en por lo menos cinco permutaciones (UNCTAD, 2006). La pauta dominante, que consiste en distribuir las competencias entre los reguladores y la autoridad de la competencia, rara vez supone que las autoridades de la competencia reemplacen a los reguladores propios de cada sector. Como ocurre con las autoridades de la competencia, conviene que los reguladores sectoriales asuman obligaciones en materia de independencia y rendición de cuentas.

20. También es importante reconocer que las decisiones relativas a las prioridades de la ley de defensa de la competencia no necesariamente son definitivas pues los países suelen modificar sus leyes y sus prioridades nacionales para adaptarlas a circunstancias cambiantes, como los cambios gubernamentales. En ese sentido, algunas leyes de defensa de la competencia disponen que el ministerio encargado de la política de competencia emita directivas de vez en cuando en forma de directrices de política general (por ejemplo en el Pakistán, Suecia y Zimbabwe). En algunas jurisdicciones, los ministros sucesivos se han abstenido totalmente de cumplir esta disposición (por ejemplo en Zimbabwe).

21. En general se sostiene que el nombramiento de los funcionarios de las autoridades de la competencia por un ministro favorece menos la independencia que los procedimientos de nombramiento en los que participan representantes de más de uno de los poderes del Estado. Además, se considera que los funcionarios que ejercen su cargo de forma no renovable y sólo pueden ser destituidos mediante un procedimiento legal tienen menos motivos para congraciarse con quienes los han nombrado.

22. En la práctica, los procedimientos son diversos. En algunas jurisdicciones, el ministro cuya cartera comprende la política de competencia nombra al director general de la autoridad y a los miembros de la comisión (por ejemplo en Dinamarca y Singapur). En otros, el ministro nombra a los miembros de la junta de comisionados, con o sin respaldo de una autoridad superior, y los comisionados nombran al director general (por ejemplo en Indonesia, Jamaica y Zimbabwe). En otros, el ministro somete diferentes nombres a la aprobación del Presidente del país, el Primer Ministro, el Consejo de Ministros o el Parlamento (por ejemplo en Burkina Faso, Costa Rica, Eslovaquia, la República Checa, Suiza, Túnez, el Uruguay y Viet Nam). Existen muchas otras variantes. Por ejemplo, en Australia, que tiene un sistema federal, cada Estado nombra a un miembro de la comisión; lo mismo se hace en Bosnia y Herzegovina. En el caso de Albania, el Parlamento, el gabinete y la Presidencia nombran a los miembros de la junta.

por una economía pequeña y abierta, y que sería importante evaluar las consecuencias que un acuerdo multilateral de ese tipo podría tener en las opciones de política del Canadá.

De igual manera, en Italia, los candidatos a la junta de comisionados son seleccionados por el Parlamento. En Panamá, la Presidencia propone a los miembros y su nombramiento se somete a la aprobación del Parlamento. En el Japón, el Emperador aprueba los nombramientos y las destituciones de los miembros, propuestas por el Parlamento. En la mayoría de los casos, aunque los ministros tengan la facultad de nombrar a los funcionarios, como contrapeso a ese poder, los miembros y los directores generales no pueden ser destituidos, salvo por causas establecidas en la ley.

23. Las condiciones de servicio de los miembros y los directores generales de las autoridades de la competencia pueden estar sujetos a los reglamentos de la función pública (por ejemplo en Dinamarca, la India, Jamaica, Suiza, Túnez y Zimbabwe) o a las leyes laborales generales. En algunos casos, se prohíbe a los miembros que ejerzan cualquier otra actividad profesional o comercial u ocupen un cargo público (por ejemplo en Italia), mientras que en algunos países, los miembros ejercen a tiempo parcial y no se les impide que tengan otras actividades profesionales o comerciales (por ejemplo en Indonesia, Jamaica, Swazilandia, Turquía y Zambia), pero suelen verse entonces sujetos a normas que regulan los conflictos de interés. Tampoco hay uniformidad en las diferentes jurisdicciones en cuanto a la permanencia de los miembros y los directores generales en su cargo. En muchos casos, los funcionarios y el director general son nombrados por un período fijo (por ejemplo en Italia) o por un período que sólo puede renovarse una vez (por ejemplo en Eslovaquia y en el Uruguay) o más de una vez, pero por un número limitado de años (por ejemplo en Suiza).

24. Muchas leyes de defensa de la competencia establecen: a) las calificaciones (por ejemplo un título universitario en derecho, economía o contabilidad) y otros requisitos que los miembros deben reunir, como una edad mínima en algunos casos (por ejemplo en el Brasil y la República Bolivariana de Venezuela); b) el requisito de que en la junta estén representados las agrupaciones de consumidores y las asociaciones profesionales (por ejemplo en Dinamarca, Suiza y Swazilandia) o la prohibición de que estén afiliados a cualquier organización (por ejemplo en Croacia); c) el requisito de que los miembros se sometan a tests psicométricos (por ejemplo en Costa Rica y Zimbabwe); y d) que los miembros formen parte del tribunal administrativo supremo o del tribunal de casación o que sean profesores universitarios u hombres de negocios respetados y de mucho renombre (por ejemplo en Italia).

25. Se considera importante evitar que se limite o se penalice la aplicación de la legislación sobre la competencia mediante restricciones presupuestarias. En muchas jurisdicciones existen fuentes alternativas de financiación, como las tasas pagadas por los usuarios o la creación de un fondo mediante el cobro de un impuesto sobre la inscripción de empresas nuevas (por ejemplo en Turquía), pero en otras no están permitidas (por ejemplo en Jamaica). En algunos países (por ejemplo en Australia, el Perú y Zimbabwe), la autoridad de la competencia es una institución que cumple otras funciones de regulación por las que percibe ingresos, al punto de que la asignación presupuestaria que recibe del gobierno es nula o no representa más que un pequeño porcentaje de su presupuesto total. Se considera que la asignación a la autoridad de la competencia de algunos países de un porcentaje de las multas que cobra mediante medidas coercitivas podría influir negativamente en las prioridades del organismo o darle un incentivo para adoptar medidas improcedentes con el fin de aumentar su presupuesto. Pocos países parecen haber optado por esta modalidad.

26. También es importante impedir la utilización de la financiación para la captación de las autoridades de la competencia por otros intereses, además de los políticos y el poder ejecutivo. La transparencia en la financiación de la autoridad de la competencia contribuye a evitar la corrupción y a prevenir que intereses privados se apropien la aplicación de la legislación sobre competencia. Se considera que un procedimiento en el que el poder legislativo asigna un presupuesto anual a la autoridad de la competencia, otorgándole facultades discrecionales para dedicar ese presupuesto a diferentes usos, confiere un alto grado de autonomía presupuestaria a la autoridad. En muchos casos, a efectos financieros, administrativos y de presentación de informes, la autoridad de la competencia depende de un ministerio, de modo que su solicitud de presupuesto se tramita por conducto de ese ministerio y se somete a la aprobación del Ministerio de Hacienda y del Parlamento (por ejemplo en el Japón, Letonia, Panamá, la República Bolivariana de Venezuela, Turquía, el Uruguay, Viet Nam y Zimbabue). En otros casos, la autoridad presenta su solicitud de presupuesto directamente al Ministerio de Hacienda o al Tesoro (por ejemplo en Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Colombia, Eslovaquia la Federación de Rusia, el Pakistán, y Singapur). En algunos casos (por ejemplo en el Brasil y en Túnez), el presupuesto de la autoridad depende de la asignación del ministerio responsable, el cual desembolsa los fondos a su discreción.

27. Además de sus funciones de aplicación de la legislación en materia de competencia, las autoridades de la competencia tienen funciones de promoción. Las empresas y la ciudadanía, y el gobierno en su conjunto (incluidos los demás órganos reguladores) son los destinatarios principales de la promoción en materia de competencia, en particular en lo que se refiere a la formulación de la política de competencia y a la realización de reformas favorables al mercado en toda la economía. En consecuencia, la posibilidad de que una autoridad de la competencia pueda formular libremente sus observaciones sobre las políticas públicas, los reglamentos y la legislación, y recomendar mejoras es otra característica que indica la independencia operacional de las autoridades de la competencia. En muchos casos las leyes confieren a estos organismos la responsabilidad de asesorar al gobierno sobre las consecuencias para la competencia de los proyectos de ley y reglamentos que se presentan. Por ejemplo, en la India, el Gobierno tiene la posibilidad de recabar la opinión de la comisión al examinar cuestiones relativas a la política de la competencia. Sin embargo, las opiniones de la comisión no son vinculantes para el ministro. En cambio, en Túnez el ministro puede consultar al Consejo de la Competencia sobre todos los nuevos proyectos de leyes y sobre cualquier otro asunto relacionado con la competencia, pero las opiniones del Consejo tienen carácter vinculante.

V. DESCRIPCIÓN DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

28. En la mayoría de las jurisdicciones, los legisladores optan por la supervisión mediante revisión judicial⁶. Está generalmente admitido que, para preservar la justicia y la integridad del proceso decisorio, es conveniente que las decisiones de las autoridades encargadas de la competencia estén sujetas a una revisión judicial independiente por los tribunales ordinarios o por tribunales administrativos. La mayoría de las jurisdicciones parecen preferir la revisión procesal de los asuntos relativos a la competencia (Red Internacional para la Competencia

⁶ Se espera que el poder judicial se someta a los mismos criterios de independencia y rendición de cuentas.

(RIC), 2003) en la que el órgano de apelación se limita a examinar el derecho, lo que significa revisar los procedimientos adoptados por las autoridades de la competencia en el ejercicio de sus funciones de investigación y decisión, en lugar de considerar *de novo* las pruebas y los argumentos jurídicos. Así pues, no se pretende que los tribunales hagan su propia valoración, sino que determinen si la autoridad encargada de la competencia ha abusado de sus facultades discrecionales. Suelen ser motivos de revisión la falta de competencia, los vicios de procedimiento y los errores de derecho, errores de fundamentación, errores manifiestos de apreciación o errores de hecho. En este contexto, generalmente se considera que el examen judicial es la última fase de un proceso, en la que se pronuncia una decisión sobre resultados o acciones pasados -es decir, sobre las decisiones que haya adoptado la autoridad de la competencia en función de que las competencias decisorias recaigan en el director general, una junta de comisionados o un órgano cuasijudicial independiente en forma de tribunal especial de la competencia (por ejemplo, en el Brasil, el Perú, el Reino Unido y Sudáfrica). La RIC (2003) afirma que las estructuras decisorias en las que los procesos de investigación y de decisión están claramente separados tienen más probabilidades de superar la revisión judicial que los sistemas que combinan esas funciones. Se considera que así lo corrobora la resolución de inconstitucionalidad relativa a la Ley de competencia leal de Jamaica, por no prever la separación entre las funciones decisorias y las de investigación.

29. Respecto de la revisión judicial, cabe señalar que en muchos países está limitada a los tribunales administrativos o éstos funcionan como tribunales de primera instancia (por ejemplo, en Colombia, Croacia, Letonia, la República Bolivariana de Venezuela, Túnez y Turquía). En algunas jurisdicciones se han establecido tribunales de apelación especiales para los asuntos de competencia (por ejemplo, en Dinamarca, el Reino Unido, Singapur y Sudáfrica). En ciertos casos excepcionales el poder ejecutivo puede revocar las decisiones adoptadas en una revisión de la competencia (por ejemplo, en Croacia). Sin embargo, en el caso concreto de Croacia, esa disposición especial de la Ley general de procedimiento administrativo será modificada a petición de la Comisión Europea.

30. Dado que forman parte de la administración del Estado y que utilizan fondos públicos, las autoridades en materia de competencia también tienen responsabilidad administrativa de acuerdo con las normas aplicables al sector público en sus respectivos países. En algunos casos, hay normas específicas relativas al personal. Por ejemplo, en Dinamarca la proporción del presupuesto que se puede dedicar a gastos de personal está limitada, y en Turquía las decisiones sobre gastos de contratación de nuevo personal y viajes al extranjero deben ser aprobadas por el Gobierno.

31. Las autoridades de la competencia también están sometidas a los tradicionales requisitos de información financiera propios del sector público de su país. En este contexto, la función del ministerio responsable o del ministerio de finanzas, el Tesoro o el auditor general y, en última instancia, el Parlamento, cumplen una función especialmente importante de control de la rendición de cuentas en el proceso presupuestario. Pueden existir mecanismos de rendición de cuentas en todo el proceso presupuestario o en fases esenciales (por ejemplo al presentar la solicitud de presupuesto, al efectuar cada desembolso o al final del ejercicio presupuestario, cuando se exige la presentación de un informe obligatorio sobre los gastos). En algunos países, para asignar la partida presupuestaria de la autoridad se exige como requisito adicional la presentación de una estrategia operacional detallada.

32. Por ejemplo, la Oficina de prácticas comerciales leales del Reino Unido y otros organismos independientes similares tienen que preparar una declaración de intenciones anual que esboce sus objetivos anuales y los resultados concretos que servirán para evaluar su desempeño.

33. En Letonia, la estrategia operacional es de carácter trienal. Del mismo modo, a raíz del Examen Uhrig, en la actualidad el organismo encargado de la competencia de Australia tiene que responder con una declaración de intenciones a la declaración anual de expectativas del Ministerio⁷ en la que se describen las políticas y prioridades pertinentes del Gobierno que la autoridad encargada de la competencia debe respetar en sus actividades.

34. Los principales instrumentos de rendición de cuentas son las auditorías financieras y los informes anuales. Sin embargo, algunos países han admitido que son necesarios más mecanismos de rendición de cuentas para poder evaluar la eficacia global y los efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia. Por ejemplo, la Oficina de prácticas comerciales leales del Reino Unido está sujeta a exámenes quinquenales, un requisito que se acaba de imponer a todos los organismos y entidades públicas que no dependen directamente del ministerio. Admitir esa necesidad es importante, sobre todo en los países en desarrollo. Lo fundamental es que en los países en desarrollo la rendición de cuentas resulta esencial para el desarrollo. En este sentido, Lewis y otros (2004) afirman que las autoridades de la competencia tienen que demostrar la relación entre la eficiencia y los objetivos de bienestar del consumidor y la promoción de objetivos sociales más amplios. Apartarse de los valores, objetivos y preocupaciones esenciales de la sociedad supone poner en riesgo todo el proyecto del derecho y la política de la competencia. Asimismo, Fox (2007) afirma que en el caso de los países en desarrollo hay que considerar las medidas antitrust en un contexto más amplio, porque la retórica del libre mercado y la riqueza agregada o los objetivos de bienestar son una perspectiva que encuentra relativamente poco eco entre la mayoría de los pobres, debido a la tendencia de las políticas de libre mercado a ayudar desproporcionadamente a los ya favorecidos.

35. A nivel cotidiano, la autoridad encargada de la competencia es responsable ante sus clientes directos: el sector privado, incluidos los inversores extranjeros. Sin embargo, dado que las decisiones de aplicación de la legislación sobre competencia adoptadas por las autoridades de la competencia tienen amplias repercusiones en toda la economía, dichas autoridades también son responsables ante la población en general, consumidores y las partes interesadas. Además, en la mayoría de las sociedades, las autoridades de la competencia están sujetas a la supervisión de su rendimiento (resultados) por parte de los medios de comunicación y otros observadores, como los universitarios. En este contexto, la transparencia es una faceta esencial de la rendición de cuentas. El acceso a la información es una condición fundamental para que los diversos interesados puedan desempeñar efectivamente sus funciones de gobernanza. A tal efecto, en todas las jurisdicciones es corriente que las autoridades de la competencia pongan sus decisiones finales, incluidas las relativas a la normativa o las directrices que rigen las funciones de investigación y decisión de la autoridad, a disposición de todos los interesados, generalmente en sus sitios web y por medio de la prensa.

⁷ La declaración de expectativas reconoce la independencia del organismo oficial.

36. Dada la cooperación bilateral en las actividades de aplicación de la legislación sobre competencia y la aparición de redes internacionales sobre la competencia, las autoridades de la competencia homólogas van constituyendo otro nivel más de responsabilidad, aunque éste pueda considerarse "blando". En este sentido, dos ejemplos de instrumentos de rendición de cuentas son las encuestas de los interesados y los exámenes de los homólogos.

VI SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

37. Se debe resolver la cuestión de si en los países en desarrollo existen circunstancias especiales que hacen inviable la idea de la independencia de la autoridad de la competencia. La mayoría de los países en desarrollo ya conocen el concepto de organismos públicos independientes, que empezaron a existir a partir de la transferencia de políticas o como parte de diversas iniciativas de reforma, como los programas de privatización y de reorganización de la administración o del sector público. Generalmente esas iniciativas de reforma formaban parte de programas de ajuste estructural más amplios. Se han estado haciendo este tipo de reformas en muchos países en desarrollo desde hace decenios. De las diversas iniciativas de reforma, la más común en las regiones de países en desarrollo fue la de transformar los departamentos de la administración pública en organismos o empresas autónomos dentro o fuera de la administración, con un grado de autonomía mayor en asuntos financieros y de personal (Polidano, 1999).

38. A pesar de la aparente prevalencia de los organismos autónomos en muchos países en desarrollo, las condiciones económicas y fiscales desfavorables han exacerbado las tensiones y han sacado a la luz varios problemas relativos a la creación de organismos públicos independientes en un contexto de gran disparidad entre las necesidades y los recursos disponibles. Los problemas consisten principalmente en la escasez de conocimientos especializados, los bajos salarios del sector público, los riesgos de corrupción y de captación, las tensiones entre el ministro encargado de la política de la competencia y la autoridad de la competencia, y las deficiencias de la rendición de cuentas.

39. El sector público en muchos países en desarrollo generalmente adolece de una limitación de los recursos humanos. Uno de los retos fundamentales a corto o medio plazo para la creación de autoridades de la competencia independientes en los países en desarrollo es atraer personal debidamente capacitado o susceptible de adquirir rápidamente los conocimientos necesarios. Las limitaciones fiscales y las prioridades contrapuestas en materia de desarrollo, a menudo privan a los gobiernos de la flexibilidad necesaria para abordar de manera sistemática y sostenible las causas subyacentes (como las deficiencias del sistema educativo) de la limitación de sus recursos humanos. Además, en el marco de los programas de ajuste estructural, muchos gobiernos estaban preocupados por la necesidad de racionalizar el gasto público y reducir el volumen del sector público para gestionar el déficit fiscal. En esas circunstancias puede parecer más factible la opción de crear autoridades de la competencia dentro de los ministerios, lo que permite a los gobiernos aprovechar los conocimientos especializados disponibles en el sector

público, en los que ya ha invertido, y mantener al mismo tiempo un control centralizado de la contratación⁸.

40. La escasez general de conocimientos especializados no sólo afecta a las autoridades de la competencia sino también a la comunidad jurídica, el sector empresarial, el poder judicial y el poder legislativo. Puesto que la aplicación de la legislación sobre competencia no se hace en un espacio aislado, la promoción de la competencia por las autoridades se convierte en un factor crítico para ganar credibilidad e interesados. Por ejemplo, se cree que si la autoridad de la competencia tiene una relación estrecha con el gobierno, en vez de mantenerse independiente, puede posicionarse mejor y ejercer una influencia óptima en la política de la competencia. Esto plantearía dos cuestiones que vale la pena estudiar detenidamente: en materia de promoción hay que establecer un equilibrio entre la independencia total y un grado menor de independencia, y quizá la independencia estricta no sea particularmente ventajosa para las economías en transición hacia un sistema de libre mercado. A tal fin, quizá resultaría más conveniente mantener una relación menos independiente con los diversos grupos destinatarios de la promoción, incluida la administración en su conjunto.

41. Lo crucial es que la falta de conocimientos especializados también afecta a la independencia y la rendición de cuentas de la autoridad de la competencia, que puede verse comprometida por un poder judicial y un Parlamento débiles y mal informados a los que quizá resulte imposible cumplir eficazmente sus funciones de defensa de la competencia. Por ejemplo, la falta de conocimientos especializados y de recursos financieros son algunos de los motivos de que los países en desarrollo suelen sufrir retrasos en la tramitación judicial de los casos, pero esa misma escasez de recursos limita la posibilidad de crear tribunales especializados en materia de competencia. Los parlamentos de los países en desarrollo, en los que suele haber representantes de distintos sectores de la población de los que sólo una minoría ha accedido a la educación terciaria, pueden no estar capacitados para analizar la información sobre las cuestiones complejas y poco conocidas de la aplicación de la legislación sobre competencia. Así pues, una solución viable al problema de la rendición de cuentas podría ser un nivel de responsabilidad mínimo, consistente en la obligación de la autoridad de la competencia de rendir cuentas a un ministerio o por mediación de éste.

42. Un problema conexo es la escasez de especialistas locales independientes a quienes las autoridades de la competencia de los países en desarrollo puedan recurrir ocasionalmente para complementar los conocimientos propios, por ejemplo para hacer indagaciones sobre mercados o investigaciones complejas. Las limitaciones de recursos rara vez permiten contratar a consultores internacionales. Además, escasean los profesores universitarios suficientemente versados en economía y derecho de la competencia, y la mayoría de los expertos de la comunidad jurídica suelen representar a los acusados en los casos de competencia y su perspectiva puede resultar sesgada por esa perspectiva.

⁸ Una de las principales ventajas intangibles de que gozan los funcionarios en los países en desarrollo es la oferta de becas. Por lo general, una vez formados, los funcionarios tienen la obligación de seguir trabajando en la administración durante un plazo determinado, lo que ha servido para frenar en parte la pérdida de personal especializado y profesional en favor del sector privado.

43. En la mayor parte de los países en desarrollo, los funcionarios suelen ganar menos que sus homólogos del sector privado. Muchos países en desarrollo han registrado un descenso de los sueldos reales de los empleados del sector público en los últimos años. En las regiones de bajo crecimiento, como el África subsahariana y América Latina, los sueldos reales del sector público disminuyeron drásticamente debido a las exigencias de las reformas de ajuste estructural, y la erosión y compresión de salarios también afectó a Europa central y oriental, las repúblicas de la antigua Unión Soviética y algunas economías del sur y el sudeste asiático durante los años ochenta y noventa⁹. Así, se ven negativamente afectadas las posibilidades de contratar y retener a personal altamente calificado en la administración pública, en particular en áreas especializadas como la aplicación de la legislación sobre competencia. Los funcionarios con aptitudes tenderán a abandonar el sector público cuando su formación y cualificaciones interesen a posibles empleadores del sector privado. Para sortear esos problemas a veces se conceden a las autoridades de la competencia excepciones al régimen de la administración pública para que ofrezcan una escala salarial más alta y otras prestaciones interesantes. Sin embargo, esta estrategia podría no ser sostenible, dado que estos privilegios especiales se sufragan con los ingresos fiscales. Por la misma razón, también son problemáticos los complementos salariales financiados por donantes, en particular, porque podrían abrir un conflicto permanente (es decir, el Gobierno debería aportar recursos adicionales o prepararse para lo inconcebible: amenazas de represalias por decisiones relativas a la aplicación de la legislación sobre competencia o el desmoronamiento del sistema de defensa de la competencia). En el caso particular de que las autoridades de la competencia reciban financiación de donantes bilaterales cabría preguntarse si dicha asistencia puede ser un medio para desvirtuar la aplicación de la legislación sobre competencia en favor de intereses creados extranjeros. Hasta el momento, no hay pruebas de que esto suceda.

44. A menudo, las autoridades de la competencia independientes pueden complementar sus presupuestos cobrando tasas por sus servicios. Las tasas de tramitación y de servicio supusieron más del 70% de los ingresos percibidos por la Comisión de la Competencia de Sudáfrica, de la que se dice que es una de las mejores financiadas de África, que cubrieron más del 64% de sus gastos de 2006/07¹⁰. Esa cifra impresionante refleja sin lugar a dudas el volumen y la intensidad de la actividad de la economía sudafricana y quizá es imposible de alcanzar en otros países de ingresos más bajos, al menos a corto o medio plazo. En comparación, las tasas de tramitación sólo representaron el 30% del presupuesto de 2007 de la Comisión de la Competencia de Zambia (que también figura entre las autoridades de la competencia mejor financiadas de África). No obstante la Comisión de la Competencia de Sudáfrica padece las mismas limitaciones que otros países en desarrollo. Sigue registrando altos niveles de pérdida de personal y acaba de hacer un análisis de los sueldos con el fin de abordar el diferencial entre los niveles salariales de la comisión y los del sector privado. Tiene un plan de préstamos y becas de estudios para alentar al personal a perfeccionar sus conocimientos, y desde su creación recibe fondos de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional destinado a la formación del personal.

⁹ Banco Mundial, 2000.

¹⁰ Comisión de la Competencia, 2007.

45. Por distintas razones, -por ejemplo, unas medidas de rendición de cuentas y de control poco adecuadas, el riesgo de fraude y de corrupción o una resistencia general a introducir lo que puede constituir un cobro diferenciado a segmentos de la sociedad por servicios públicos- a algunos gobiernos les preocupa permitir que los órganos independientes obtengan financiación de otras fuentes. Por ejemplo, el Gobierno de Jamaica ha rechazado firmemente las peticiones de su Comisión de Comercio Leal para cobrar tasas por algunos de sus servicios. La Comisión ve restringida su labor de aplicación de la legislación sobre competencia y sus iniciativas de promoción, ya que los fondos públicos son insuficientes. Las autoridades de la competencia de los países en desarrollo a menudo están atrapadas en un círculo vicioso en el que la falta de financiación no sólo afecta a su capacidad de realizar las actividades de aplicación, sino también a su capacidad de vigilar el efecto de sus actividades, y de reunir así las pruebas de su utilidad, y de aumentar su credibilidad, propiciar la responsabilidad y justificar el aumento de la financiación. Es frecuente que recaiga en la autoridad de la competencia la responsabilidad de demostrar su credibilidad, no sólo ante la población sino también ante el Gobierno. En este contexto, el respaldo político directo inicial suele marcar la pauta de la evolución de las futuras relaciones entre la autoridad de la competencia y el entorno normativo.

46. Una cuestión problemática y típica es el riesgo de corrupción y captación en los países en desarrollo. La evidencia empírica de que los sueldos bajos en la administración pública propician la corrupción es contradictoria y en teoría no es previsible que el aumento de los salarios vaya a reducir siempre la corrupción¹¹. La aplicación de la legislación sobre competencia, en particular en las jurisdicciones que buscan en el sector privado a los miembros de la junta de comisionados y los contratan a tiempo parcial, plantea cuestiones delicadas respecto a la imparcialidad e independencia de éstos. Las inquietudes se refieren a la capacidad de los miembros a tiempo parcial de la junta que ocupan puestos directivos en empresas privadas de alcanzar y mantener niveles deseables de objetividad y de alternancia entre la administración y la empresa privada. Este problema también existe en los países desarrollados, pero en las economías más pequeñas y pobres estas preocupaciones adquieren particular relevancia al ser más pequeña la reserva de personas con suficiente nivel entre las que elegir. Hay más probabilidades de que se designe a personas de las grandes empresas dominantes en la economía, lo que entraña más posibilidades de infracción a la legislación sobre competencia. La omnipresencia de grandes multinacionales en ese grupo es una complicación añadida. Aun cuando no haya casos de faltas, si no existe una vigilancia ministerial y mecanismos de rendición de cuentas eficaces, puede ser difícil encauzar las percepciones de la población. Por razones obvias, es posible que la política de la competencia de los países en desarrollo suscite cuestiones emocionales y es frecuente que surjan cuestiones de "justicia"; la población puede considerar "injustas" algunas cosas, aunque económicamente sean eficientes.

47. La gran cantidad de recursos financieros de que disponen algunas empresas del sector privado que pueden ser dominantes en la economía, combinada con una situación general de salarios bajos en el sector público, teóricamente puede crear condiciones propicias para la corrupción. En este contexto, estaría particularmente expuesto a ese riesgo el personal de la autoridad de la competencia (a diferencia del director general y los miembros del consejo).

¹¹ Según Polidano (1999: 23) en el Reino Unido se registró un debilitamiento de las normas éticas tras la creación de órganos independientes del sector público.

Sin embargo las investigaciones realizadas para la presente nota no han desvelado ejemplos de esto en la vida real.

48. Puede haber tensiones ocasionales entre el ministerio responsable de la política de la competencia y la autoridad de la competencia por falta de claridad en cuanto a la definición de las funciones y responsabilidades respectivas del ministerio y los gestores de la autoridad de la competencia, a la manera en que la autoridad de la competencia debe responder ante la dirección política y a las cuestiones relativas a la racionalización del gasto público que son responsabilidad del ministerio o de otra entidad gubernamental. Además, las excepciones en la escala salarial ordinaria de la administración concedidas a los organismos públicos independientes pueden crear grandes disparidades entre funcionarios públicos que realizan tareas similares. Esas disparidades pueden alimentar el descontento y deteriorar las relaciones entre los gestores de la autoridad de la competencia y los funcionarios superiores del ministerio. Por ejemplo, el puesto de director general de la Comisión de la Competencia de Zambia tiene grado de secretario principal, pero su sueldo y las diversas prestaciones asociadas al puesto superan en gran medida los de los secretarios principales de la administración. De hecho, es posible que la remuneración total del director ejecutivo sea superior a la del ministro responsable de la política de la competencia.

49. En todas las economías, los asuntos de aplicación de la legislación sobre competencia suelen atraer mucha atención de los medios de comunicación y, por consiguiente, otorgan gran visibilidad a los directores generales de las autoridades de la competencia. Stewart y otros (2007) explican que algunos ejemplos como los de George Lipimile en Zambia, David Lewis en Sudáfrica y Allan Fels en Australia fueron fundamentales para dar a conocer públicamente la labor de sus respectivos regímenes de aplicación de la competencia y para ganarse el respeto y el temor de las empresas, al tiempo que dieron un perfil muy visible a la autoridad. Está claro que mucho depende de la personalidad de los intervinientes y que, en ese sentido, hay que abordar el asunto desde esa perspectiva. Ciertamente, la independencia de las autoridades de la competencia es objeto de ataques periódicos y las personalidades presentes en ambas partes juegan un papel determinante para la existencia y el éxito de esos ataques.

50. Los mecanismos de rendición de cuentas de los países en desarrollo suelen ser débiles. Como ya se indicó, los parlamentos carecen en general de la capacidad necesaria para exigir debidamente la rendición de cuentas. No hay resultados ni indicadores claramente definidos. Aparte de hacer públicos los informes anuales y las decisiones finales, las autoridades de la competencia tienen escasos medios para consultar directamente a los ciudadanos u obtener información de ellos. Algunas autoridades de la competencia no tienen los conocimientos ni los medios para crear y mantener sitios web actualizados. En ese contexto, los países en desarrollo están entusiasmados con los exámenes voluntarios entre homólogos de los regímenes de aplicación de la legislación sobre competencia de la UNCTAD, que no sólo son un mecanismo para evaluar los efectos de la aplicación e identificar ámbitos susceptibles de mejoras, sino que también son un instrumento independiente de rendición de cuentas.

VII. OBSERVACIONES Y TEMAS QUE SE DEBEN SEGUIR EXAMINANDO

51. Ninguna autoridad de la competencia puede ser completamente independiente de la estructura de la administración de la que forma parte. Es imposible encontrar una autoridad de la competencia que actúe en total aislamiento. Aunque los organismos de la competencia que

forman parte de los ministerios pueden gozar de una considerable independencia operacional, la independencia legal no garantiza que se respete lo dispuesto en la ley. En realidad, cabe afirmar que las autoridades de la competencia se hallan en un *continuum* entre el aislamiento total y la subversión total de los objetivos de eficiencia en favor de objetivos ajenos a la eficiencia.

Parecería que, a pesar de los matices y las diferencias que necesariamente existen en las distintas jurisdicciones, todos los países reconocen que al aplicar la legislación en materia de competencia es conveniente impedir que prevalezcan objetivos limitados de grupos de intereses, y con ese objeto es menester establecer diversos mecanismos de control.

52. Asimismo resulta claro que la aplicación de la legislación sobre la competencia no puede dissociarse del contexto general en que se produce, y que uno de los elementos de la independencia operacional es un proceso transparente en virtud del cual al tomar decisiones de aplicación de la legislación sobre competencia se deben tener en cuenta consideraciones ajenas a la eficiencia (interés público). Para los países en desarrollo esto puede ser un mecanismo de rendición de cuentas fundamental. Es complicado llegar a un consenso sobre la definición de la injerencia política indebida y los puntos de referencia cualitativos para evaluarla, ya que ello entraña un cierto grado de juicios subjetivos.

53. Las cuestiones examinadas en la presente nota de antecedentes plantean una serie de cuestiones y puntos de interés, que deberían examinarse teniendo en cuenta la situación particular de los países en desarrollo. Ante la dificultad de lograr un consenso cabe preguntarse si es conveniente o necesario lograrlo. En el contexto de la independencia considerada como una variable, sería pertinente preguntarse si es posible cuantificarla para poder determinar cuál es el grado suficiente de independencia. Un punto interesante y conexo que se puede considerar es la importancia que se debe dar a la tendencia general del respeto demostrado a la independencia de la autoridad de la competencia en el período de aplicación de la legislación sobre la competencia. Otra cuestión es si la independencia operacional podría ser más o menos importante que la independencia legal a efectos de la aplicación de la legislación sobre la competencia. En cuanto a la rendición de cuentas, la falta de separación entre las funciones resolutorias y las funciones de investigación puede tener consecuencias en varias jurisdicciones que han adoptado el sistema de decisión a cargo de una junta de comisionados. Habría que examinar las características específicas del caso jamaicano y determinar si las estructuras de adopción de decisiones en las que no hay separación estricta entre los procesos de investigación y de resolución cumplen las condiciones debidas desde la perspectiva de una revisión judicial. También merece atención la necesidad de aumentar y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas.

Referencias

- Competition Commission (2007). Annual Report 2006/07. Comisión de la Competencia, Sudáfrica.*
- Cukierman A. (2005). *Legal, actual and desirable independence: a case study of the bank of Israel*. CEPR Discussion Paper Series. N° 4906. Febrero.
- Fox E. M. (2007). *Economic development, poverty and antitrust: the other path*. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 57.
- RIC (2003). *Building credible competition authorities in developing countries and transition economies. Report prepared by ICN Working Group on Capacity-Building and Competition Policy Implementation*. Segunda conferencia anual de la RIC, Mérida (México), 23 a 25 de junio.
- Lewis D. (2001). *The political economy of antitrust*. Ponencia presentada en la 28ª Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Fordham Corporate Law Institute. Nueva York, 25 y 26 de octubre.
- Lewis D., Reed K. y Teljeur E. (2004). *South Africa: economic policy-making and implementation in Africa: a study of strategic trade and selective industrial policy*. In Soludo C, Ogbu O y Ha-Joon C (eds). *The Politics of Trade and Industrial Policy in Africa: Forced Consensus?* Africa World Press/IDRC.
- OCDE (2002). *Distributed public governance: agencies, authorities and other government bodies*. OCDE París.
- OCDE (2004). *Public sector modernization: changing organizational structures*. OECD Observer. Resumen de políticas.
- Polidano C. (1999). *The new public management in developing countries*. IDPM Public Policy and Management Working Paper N° 13. Noviembre.
- Stewart T., Clarke J. y Joeques S. (2007). *Competition law in action; experiences from developing countries*. IDRC/CRDI (CIID).
- Thatcher M. y Stone Sweet A. (2002). *Theory and practice of delegation to non-majoritarian institutions*. *West European Politics*. Vol. 25, N° 1, págs. 1 a 22.
- Thatcher M. (2002). *Delegation to independent regulatory agencies*. *West European Politics*. Vol. 25, N° 1, págs. 25 a 145.
- UNCTAD (2006). *Prácticas óptimas para definir las competencias respectivas y resolver los asuntos que impliquen medidas conjuntas de las autoridades encargadas de la competencia y los órganos reguladores*, TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.2.
- Wettenhall R. (2005). *Autonomy issues in Australian non-departmental public bodies*. Paper for Ninth International Research Seminar on Public Management, Milán, 6 a 8 de abril.

Whish R. (2003). *Overview of issues concerning multiple criteria in competition law*. Documento presentado en el seminario de formación judicial de la UNCTAD, Livingstone (Zambia), 30 y 31 de mayo de 2003.

Banco Mundial (2000). Sitio web de World Bank's administrative and civil service reform: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/ECAEXT/EXTECAREGTOPADMCIVSER/0,,menuPK:677803~pagePK:34004175~piPK:34004435~theSitePK:677795,00>. html.
