



CICLOS DE VIDA DE LOS REGÍMENES DE COMPETENCIA: EXPLICANDO LA VARIACIÓN EN LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVOS SISTEMAS

William E. Kovacic y Marianela López-Galdos

Ciclos de vida de los regímenes de competencia: Explicando la variación en la implementación de nuevos sistemas*

Marzo 2023



Marianela López-Galdos

Competition Policy Director de Meta. Fue Directora de Política de Competencia y Regulación en la Computer and Communications Industry Association (CCIA), y Directora de Proyectos de Investigación en Derecho y Política de la Competencia en el George Washington Competition Law Center. Ex consultora internacional de política de competencia comparada para la Oficina de Asuntos Internacionales de la Comisión Federal de Comercio en Washington, D.C., el Grupo del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Doctora en Derecho Internacional de la Competencia por la George Washington Law School.



William E. Kovacic

Facultad de Derecho de la Universidad George Washington desde 1999. Fue catedrático de la Fundación de la Facultad de Derecho de la Universidad George Mason, miembro de la Comisión Federal de Comercio y presidente de este organismo 2008-2009. Fue Consejero General de la FTC de junio de 2001 a diciembre de 2004, director no ejecutivo de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido, Vicepresidente de Divulgación de la Red Internacional de Competencia. Ha asesorado a numerosos países y organizaciones internacionales en materia de defensa de la competencia, protección de los consumidores, contratos públicos y diseño de instituciones reguladoras. Doctor de la Facultad de Derecho de Columbia en 1978, donde fue becario Harlan Fiske Stone.

Abstract: El desarrollo futuro de las leyes de competencia en sistemas más nuevos requiere de una combinación entre realismo y ambición. Las agencias de competencia y sus electores externos deben abordar el establecimiento de un nuevo régimen de competencia con expectativas aterrizadas respecto de cuáles son los elementos necesarios para construir un sistema efectivo a la luz de los aprendizajes y resultados que las jurisdicciones han logrado hasta la fecha.

Como lo han demostrado cierto número de jurisdicciones, el compromiso permanente con un ciclo virtuoso de experimentación, evaluación y mejora puede generar ajustes constantes que construyen instituciones superiores (la base para un mejor desempeño de las políticas públicas).

Nuestro análisis de los programas de aplicación de las leyes de competencia hasta la fecha, sugiere el valor de un mayor énfasis en el desarrollo institucional como una dimensión de las reformas a la ley. También aboga por paciencia al establecer las expectativas sobre lo que la mayoría de los regímenes probablemente serán capaces de lograr.

I. INTRODUCCIÓN

La aparición del derecho de la competencia como fenómeno mundial es un acontecimiento único y notable en la regulación económica¹. Durante casi un siglo, tras la adopción de las primeras leyes a

* Traducido al español por Alejandro Ibarra Ibarra, *Fellow Associate del Competition Law Center, George Washington University*, originalmente publicado por Dukes University: *Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes*, 79 *Law and Contemporary Problems* 85-122 (2016) disponible en : <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss4/4>

finales del siglo XIX², la legislación de competencia o antimonopolio, fue en gran medida, una idiosincrasia estadounidense³. Este ya no es el caso. Desde finales de la década de 1980, el número de jurisdicciones con leyes de competencia ha pasado alrededor de 30 a más de 130⁴, y hay más en camino⁵. Muchas de la jurisdicciones que recientemente han adoptado esta normativa son países que parecían inmutablemente comprometidos con la planificación central de la economía y la propiedad gubernamental como bases del progreso económico en su historia reciente⁶.

La asombrosa expansión mundial del derecho de la competencia tiene una importancia económica considerable más allá de los regímenes consolidados en la Unión Europea y Estados Unidos, que juntos habían funcionado hasta hace poco como una suerte de duopolio regulador en el derecho internacional de la competencia desde principios de la década de 1990.⁷ Para las grandes empresas multinacionales, el establecimiento de nuevos sistemas en Brasil y China y la remodelación del antiguo e ineficaz régimen de competencia de la India ha transformado la planificación de las operaciones concentración y ha exigido la reconsideración de prácticas como la concesión de licencias de propiedad intelectual.⁸ Aunque su Ley

1 Véase Umut, Aydin y Tim Buthe, "Competition Law & Policy in Developing Countries: Explaining Variations in Outcomes; Exploring Possibilities and Limits", J. L. & *Contemp., Probs.*, (2016) (describe el desarrollo del derecho de la competencia y los retos a los que se enfrentan los organismos de competencia). En este artículo, el "derecho de la competencia" abarca las herramientas de política (incluyendo la aplicación de la ley, la promoción, la investigación, los estudios de mercado y la educación empresarial) que los países utilizan para proscribir las prácticas comerciales anticompetitivas y promover la adopción de políticas públicas favorables a la competencia. Véase William E. Kovacic, "Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement", 77 *Chi.-Kent L.Rev.* 265, 281-86, (2001) (en adelante Kovacic, *Institutional Foundations*) (donde se describen las herramientas políticas que componen la ley y la política de competencia).

2 Véase D. Jeffrey Brown, "Introduction to Competition Law", en *Competition Act & Commentary* 1, 6-13, ed., Elliott Stikeman, LLP, (2015) (describe la aprobación de la ley de competencia de Canadá en 1889).

3 Estados Unidos promulgó su primera ley federal antimonopolio, la Ley Sherman, en 1890. Ley Sherman. 15 U.S.C. § 1 et seq. (1982). La adopción de la ley se examina en Martin J. Sklar, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916*, (1988), pp. 93-117. Un pequeño número de otras jurisdicciones establecieron sistemas de derecho de la competencia en el siglo posterior a la aprobación de la Ley Sherman. Las adiciones más importantes tuvieron lugar en 1958, cuando entró en vigor la ley de competencia de Alemania y la Comunidad Europea, a través del Tratado de Roma, adoptó los artículos sobre competencia que crearon el sistema de derecho de la competencia de la Unión Europea. Sobre la promulgación de la ley de competencia alemana, véase Gerard Braunthal, "The Struggle for Cartel Legislation", en *Cases in Comparative Politics*, 187, eds., James B. Christoph y Bernard E. Brown (1965), 191-200. La adopción de los artículos sobre competencia del Tratado de Roma se relata en David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (Oxford University Press Paperback Edition 2001), 342-45.

4 Véase William E. Kovacic, "The United States and Its Future Influence on Global Competition Policy", 22 *Geo. Mason L. Rev.*, 1157, 1157-58 & n. 7 (2015) (en adelante Kovacic, *Influence*) (describe la creación global de sistemas de derecho de la competencia). El cálculo de cuántos países tienen sistemas de derecho de la competencia es un ejercicio impreciso. Para un análisis de las cuestiones de clasificación y otras cuestiones metodológicas, véase Mark R.A. Palim, "The worldwide growth of competition law: an empirical analysis", 43 *Antitrust Bull.* (SpG. 1998), 105 (en adelante Palim, *Worldwide Growth*).

5 Por ejemplo, Nigeria está avanzando hacia la promulgación de una ley de competencia. Mark Briggs, "Nigeria edges closer to competition law", *Global Competition Review* (9 de junio de 2016), disponible en <http://globalcompetitionreview.com/news/article/41227/nigeria-edges-closer-competition-law/>.

6 La adopción de leyes de competencia en los países BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) es ilustrativa. Hace treinta años, estas naciones parecían poco propensas a emprender reformas basadas en el mercado y a crear sistemas de competencia. Véase en general Adrian Emch, et al., *Competition Law in the BRICS Countries* (eds. 2012) (detallando el establecimiento de la ley de competencia en las naciones BRICS); véase también Frederic Jenny y Yannis Katsoulacos, *Competition Law and Enforcement in the BRICS and in Developing Countries* (eds., 2016) (en adelante *Competition Law and Enforcement*) (analizando el desarrollo de la ley de competencia en las naciones BRICS y otros países en desarrollo). Los adoptantes desde 1990 no son sólo economías planificadas o países en desarrollo. Entre ellos se encuentran Austria, Italia y los Países Bajos. Véase www.en.bnb.gv.at/AustrianCompetitionAuthority/Seiten/default.aspx (señalando la adopción de la ley de competencia de Austria en 2002); NMa, "Informe Anual 1998" (1998), disponible en www.acm.nl/en/publications/publication/11598/NMa-1998-Annual-0Report/ (señalando la adopción por parte de los Países Bajos de su primera ley de competencia en 1998); www.agcm.it/en/ (describiendo la promulgación de la primera ley de competencia de Italia en 1990).

7 Véase William E. Kovacic, "Dominance, Duopoly and Oligopoly: The United States and the Development of Global Competition Policy", 14 *Glob. Competition Rev.* 39, 39 (2010) (donde se relata el desarrollo del duopolio de la ley de competencia de la UE y los Estados Unidos).

8 Véase Kovacic, *Influence*, nota 4 supra, en 1158 (donde se analiza la expansión del número de sistemas de competencia en el mundo y su importancia para la toma de decisiones empresariales).

Antimonopolio no entró en vigor hasta agosto de 2008,⁹ China ya está a la altura de la Unión Europea y de Estados Unidos en cuanto a su capacidad de influir y moldear el comportamiento de agentes económicos transnacionales.¹⁰ Es importante señalar, que en los próximos años, alianzas regionales como la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático podrían alcanzar la misma importancia.¹¹

Para los estudiosos de regulación, el establecimiento de nuevos sistemas de derecho de la competencia llama la atención por otra razón. La creación de tantos sistemas nuevos -aproximadamente 100 nuevos regímenes en apenas veinticinco años¹²- ofrece una oportunidad inigualable para estudiar el porqué de las instituciones reguladoras, cómo evolucionan y qué lleva a su éxito o fracaso en el cumplimiento de sus mandatos legales. Nuestra impresión, no científica, es que no hay ningún otro campo de la política económica en el que tantas jurisdicciones hayan implementado un nuevo régimen por primera vez en un periodo tan corto.¹³ En la actualidad el derecho de la competencia abarca una extraordinaria variedad de jurisdicciones en la gran parte del mundo.¹⁴ Desde 1990, la amplia experimentación con el diseño institucional y las políticas de implementación en el derecho de la competencia ha suscitado la atención de los académicos en economía, historia, derecho, ciencia política y la administración pública.¹⁵

9 Xiaoye Wang y Adrian Emch, "Chinese Antitrust - a Snapshot", *J. Antitrust Enforcement* 12, 12-13 & n° 1 (Supp. Oct. 2015) (describe la adopción y aplicación de la Ley Antimonopolio de China).

10 Véase, en general, Adrian Emch & David Stallibras, *China's Anti-monopoly Law: The First Five Years* (eds., 2013) (donde se analiza cómo la Ley Antimonopolio de China ya ha dado forma a los negocios mundiales); véase también Symposium, "Competition Law in China Today", 3 *J. Antitrust Enforcement* 1 (Supp. Oct. 2015) (donde se analiza el desarrollo del sistema de derecho de la competencia de China); Yane Svetiev y Lei Wang, "Competition Law Enforcement in China: Between Technology and Industrial Policy", *J. L. & Contemp. Probs.* (2016) (igual).

11 La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático se comprometió con sus miembros a adoptar leyes de competencia para finales de 2015. Los compromisos de la asociación en materia de derecho de la competencia aparecen en www.asean.org. Esto impulsó la creación de nuevos sistemas en Myanmar y Filipinas. La asociación ha lanzado recientemente el Programa de Política y Derecho de la Competencia para fomentar la cooperación y la integración de políticas en materia de derecho de la competencia en toda la región. Calvin Hui, "Singapore's Competition Commission leads effort to align competition policy and law in ASEAN" (27 de abril de 2016). <http://www.channelasia.com/news/business/singapore-s-competition/2735476/html>.

12 Véase Aydin y Buthe, *supra* nota 1, (describe la difusión de los sistemas de competencia a nivel mundial). Obtenemos nuestra estimación de varias fuentes. Comenzamos con el estudio de Mark Palim de 1998, que identificó las jurisdicciones con leyes de competencia a partir de 1990. Ver Palim, "Worldwide Growth", *supra* nota 4, en 106-09 & n.15. Luego identificamos a los adoptantes desde 1990 con la base de datos del Centro de Derecho de la Competencia de la Universidad George Washington y los datos de los miembros de la Red Internacional de Competencia. Véase Centro de Derecho de la Competencia, Universidad George Washington, "Base de datos de la competencia mundial", disponible en <http://www.gwcl.com/World-competition-database.html> (que recopila datos sobre las características institucionales de los sistemas de derecho de la competencia); International Competition Network, "Members Directory", disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org/members/member-directory.aspx.

13 A finales de la década de 1980 y en la de 1990, muchos países comunistas o socialistas emprendieron reformas económicas orientadas al mercado. Véase, por ejemplo, el proceso de reforma económica en estos países, documentado en Christopher Clague y Gordon C. Raussner, *The Emergence of Market Economies in Eastern Europe* (eds., 1992) (en adelante, *Emergence*) (que describe las reformas económicas emprendidas por las economías en transición tras la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética). Estos cambios reflejaron la comprensión de que una transición exitosa a un sistema de mercado requería cambios básicos en el marco legal existente. Véase Mancur Olson, *The Hidden Path to a Successful Economy*, en *Emergence, supra*, en 55, 65 ("Para obtener todos los beneficios del comercio,... tiene que haber un sistema jurídico y un orden político que haga cumplir los contratos, proteja los derechos de propiedad, lleve a cabo acuerdos hipotecarios, prevea sociedades de responsabilidad limitada y facilite un mercado de capitales duradero y ampliamente utilizado que haga que las inversiones y los préstamos sean más líquidos de lo que serían de otro modo"). En medio de toda la actividad de reforma del derecho económico en este periodo, la amplitud de las leyes de competencia adoptadas parece no tener parangón. Comprobamos nuestra impresión examinando los procedimientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, cuyos programas apoyan las reformas para estimular el crecimiento económico. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), *OECD 50th Anniversary Vision Statement 2* (2011) ("A lo largo de su historia, la OCDE... ha ayudado a los países a fomentar el buen gobierno y a reformar y mejorar sus políticas económicas para generar un mayor crecimiento económico"). La OCDE opera a través de un marco de unos 250 comités, grupos de expertos y grupos de trabajo. Véase Hugh M. Hollman y William E. Kovacic, "The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role", 20 *Minn. J. Int'l L.* 274, 289 (2011) (donde se describe el funcionamiento de la OCDE). El trabajo de estos organismos es accesible a través de la página web de la OCDE en www.oecd.org. Nuestro examen de su trabajo no revela ningún otro ámbito de la regulación económica en el que tantas jurisdicciones hayan creado nuevos regímenes jurídicos en cantidades comparables al derecho de la competencia.

14 Véase la nota 12 y el texto adjunto (donde se describe la expansión de los sistemas de derecho de la competencia). La amplia distribución geográfica de los sistemas de competencia se hace evidente en los miembros de la Red Internacional de Competencia. Véase Red Internacional de Competencia, *el Directorio de Miembros*, www.internationalcompetitionnetwork.org/members/members-directory.aspx (lista, por continente, de los miembros de la Red Internacional de Competencia).

15 Véase, por ejemplo, Aydin y Buthe, nota 1 *supra* (colaboración entre dos politólogos para analizar el desarrollo de los nuevos sistemas de

Este artículo examina uno de los aspectos de la implementación de sistemas de derecho de la competencia en el mundo, a saber: qué es lo que deben hacer las jurisdicciones para construir las instituciones necesarias que permitan la aplicación efectiva de la ley de competencia, y en especial, para el desarrollo de programas que mejoren los resultados económicos.¹⁶ En lugar de evaluar si los sistemas de competencia creados recientemente han reducido los precios, mejorado la calidad de los productos o estimulado la innovación,¹⁷ analizamos en qué medida las distintas jurisdicciones han creado los fundamentos institucionales para alcanzar estos objetivos.

El presente documento aborda el tema de las instituciones y la implementación de la siguiente manera: en el Apartado II se exponen los principales supuestos que han guiado nuestro estudio de los ciclos de vida de los sistemas de competencia.¹⁸ Discutimos la importancia del diseño institucional y de la capacidad de implementación de políticas; centrándonos en las consideraciones institucionales, ofrecemos nuestra propia definición de lo que constituye un “buen” régimen de competencia.

En el Apartado III se consideran los obstáculos específicos que una jurisdicción debe superar para establecer un régimen de derecho de la competencia eficaz. Al hacerlo, destacamos que la implementación de un sistema que funcione bien en la mayoría de las jurisdicciones será probablemente un proceso relativamente lento. Sugerimos que se necesitan aproximadamente de veinte a veinticinco años desde la adopción de una ley para determinar si un nuevo régimen de derecho de la competencia está en el camino de la aplicación exitosa a largo plazo. En circunstancias más difíciles, el camino puede ser más largo. Esto exige realismo a la hora de establecer expectativas sobre lo que puede lograr un sistema de competencia y la rapidez con la que puede hacerlo.

Aunque los más de 100 sistemas de competencia que han surgido desde finales de la década de 1980 han evolucionado de diferentes maneras, es posible identificar patrones generales que se han vislumbrado en el desarrollo de en estos procesos. En el Apartado IV se presentan los principales caminos de evolución que han seguido los nuevos sistemas de competencia. Llamamos a estos caminos “ciclos de vida” con el fin de transmitir la noción de que hay patrones recurrentes en la forma en que evolucionan los sistemas de competencia. Sostenemos que, mediante el estudio de los ciclos de vida de los sistemas, las jurisdicciones pueden mejorar el funcionamiento de los regímenes de competencia existentes, y pueden anticiparse en mejor manera a los obstáculos. Ello con el objeto de crear sistemas más eficaces, capaces de sortear las dificultades en el camino. Descubrimos que la ruta más asociada al éxito es una curva gradual de progreso ascendente, una condición que resalta la importancia de las mejoras sostenidas e incrementales en las instituciones que desarrollan un papel central la implementación.

competencia); Armando E. Rodríguez, “Understanding the Nature of Competition Agency Ineffectiveness”, 79 *J. L. & Contemp. Probs.* (2016) (estudio realizado por un economista sobre los límites de la capacidad de los organismos de competencia para aplicar la política con éxito).

16 Los comentaristas identifican la mejora de los resultados económicos (por ejemplo, una mayor productividad y un aumento de la innovación) como un objetivo importante de la política de competencia, pero también sugieren que el derecho de la competencia puede ayudar a alcanzar otros objetivos, como la reducción de la corrupción y la pobreza. Véase OECD, *Competition law and Policy: drivers of economic growth and development, 4 Coherence for Development 1* (enero de 2015) (donde se analiza la capacidad del derecho de la competencia para aumentar la productividad y la innovación, al tiempo que se lucha contra la corrupción y se reduce la pobreza). Al centrarnos en la mejora de los resultados económicos, somos conscientes de que las naciones adoptan leyes de competencia para alcanzar otros objetivos políticos. Véase Barak Orbach, “The Goals of Antitrust”, 81 *Fordham L. Rev.* 2151 (2013) (donde se analizan los diversos objetivos de los sistemas de competencia). No conocemos ninguna jurisdicción que, al promulgar y aplicar una ley de competencia, haya sido indiferente al propósito de mejorar los resultados económicos.

17 Una creciente literatura ha tratado de evaluar el impacto económico de las decisiones de aplicación de la ley de competencia. Véase OECD, *Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' decisions* (abril de 2016) (presenta el marco para la evaluación ex post y revisa los estudios sobre los efectos de las decisiones de los organismos de competencia).

18 Véase *infra* Apartado II

En el Apartado V se presentan los factores que determinan la medida de implementación a la que los nuevos sistemas se hacen eficaces y exitosos. Las consideraciones clave son los recursos (desembolsos financieros y capital humano), el liderazgo de las agencias, el compromiso y la estabilidad política, y la calidad de las instituciones de apoyo, como los tribunales y las universidades¹⁹.

En el Apartado VI se ofrecen conclusiones sobre la trayectoria del éxito de la implementación. Debido al dilema entre consumo de recursos (en forma de inicio de nuevos casos u otros programas de aplicación) e inversión en capacidad institucional, se aconseja a que los nuevos sistemas se concentren en la inversión a la hora de asignar recursos durante las primeras décadas de funcionamiento y desarrollo.

II. DISEÑO INSTITUCIONAL Y BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA AGENCIA

Nuestra premisa básica es que las mejoras en los diseños institucionales tienden a producir resultados superiores en las políticas públicas. Durante gran parte de la década de 1990, las organizaciones nacionales e internacionales que fomentaron la adopción de leyes de competencia, generalmente prestaron una atención inadecuada al diseño institucional y las políticas de implementación²⁰. Las organizaciones que aconsejaron a las naciones en la formulación de nuevas leyes menospreciaron los arreglos institucionales vitales para la aplicación exitosa de las nuevas leyes de competencia.²¹ Por su parte, los donantes a menudo medían su propio éxito sólo por el número de nuevas leyes promulgadas, sin tener en cuenta la eficacia o la sostenibilidad de las leyes que ayudaban a implementar.²² Al mismo tiempo, las agendas de organizaciones, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), promovían debates especialmente ricos en cuanto al contenido sustancial de los sistemas de competencia, pero pobres la forma en que estos debían llevarse a la práctica²³.

Sorprendentemente, las cuestiones relativas a la política de implementación se consideraron meros detalles técnicos que debían resolverse una vez aprobada la ley de competencia.²⁴ A la hora de redactar nuevos estatutos de competencia, los asesores externos solían proporcionar soluciones estándar tomadas de otras jurisdicciones, sin tener en cuenta las condiciones locales o las capacidades de un Estado para su aplicación.²⁵ La opinión predominante también se inclinó por la adopción de regímenes de competencia totalmente cargados que incluyeran el conjunto completo de políticas que eran la norma en sistemas más antiguos como la Unión Europea y Estados Unidos.²⁶ Ello reflejaba en parte la opinión de que las economías

19 Véase *infra* Apartado V

20 Véase William E. Kovacic, "Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies", 23 *Brooklyn J. Int'l L.* 403, 404 (1997) (en adelante, *Getting Started*) (donde se describe la escasa atención prestada a los problemas de aplicación en la década de 1990).

21 Véase William E. Kovacic, "¿Lucky Trip? Perspectives from a Foreign Advisor on Competition Policy, Development and Technical Assistance", 3 *European Comp. J.* 319 (2007) (en adelante *Lucky Trip*)

22 Kovacic, "Getting Started", *supra*.

23 La agenda de las Mesas Redondas de Políticas convocadas por la OECD muestra esta tendencia. OECD, Comité de Competencia, *Mesas Redondas de Políticas*, www.oecd.org/competition/roundtables.htm. Hasta mediados de la década de 2000, los temas de estas mesas redondas trataban predominantemente cuestiones de análisis antimonopolio sustantivo. A partir de mediados de la década de 2000, se observa un mayor número de sesiones que abordan cuestiones de aplicación de políticas.

24 Véase Kovacic, "Getting Started", *supra*.

25 Véase en general Kovacic, "Lucky Trip", *supra* (que examina esta tendencia en varios países).

26 Véase Kovacic, "Getting Started", *supra*.

en transición tendrían una única oportunidad política de realizar reformas económicas básicas.²⁷ Bajo el presupuesto de que la voluntad política de promulgar reformas se evaporaría, se hacía necesario incluir todas las herramientas en la ley de competencia desde el principio, toda vez que la posibilidad de futuras reformas o de una aplicación gradual y escalonada era considerada remota.²⁸

A. El ascenso de los problemas de implementación

Los estudios académicos y la formulación de políticas gubernamentales de los últimos quince años revelan un reconocimiento cada vez mayor de que las cuestiones de aplicación exigen una atención especial desde el primer día de un proceso de reforma legislativa.²⁹ Las leyes con grandes aspiraciones políticas pero con escasos medios de aplicación consumen inútilmente los recursos de los funcionarios públicos y de los empresarios.³⁰ Y lo que es peor, pueden generar cinismo sobre la legislación y la administración pública en general a los ojos de los ciudadanos, que con frecuencia han visto a sus gobiernos prometer demasiado y cumplir muy poco.³¹ Sin embargo, cada vez se presta más atención a la aplicación por parte de académicos, funcionarios y profesionales. Con mayor frecuencia e intensidad, los debates sobre el derecho de la competencia actualmente abordan cómo establecer y aplicar los fundamentos institucionales necesarios para obtener buenos resultados,³² y cómo medir la efectividad de las diferentes configuraciones institucionales.³³

El hecho de que este artículo se centre en los ciclos de vida de los sistemas de competencia, pone en relieve la historia de la aplicación de las políticas de competencia en las distintas jurisdicciones. La construcción de un nuevo sistema regulador implica una considerable experimentación con aproximaciones sustantivas y técnicas de aplicación.³⁴ La capacidad de aprender de la experiencia propia y colectiva, de instituciones con responsabilidades similares, separa a los sistemas superiores de los regímenes más débiles.³⁵ Esta

27 Véase Kovacic, "Institutional Foundations", supra.

28 *Id.* en 274-75, 298-301.

29 Eleanor M. Fox y Michael J. Trebilcock, *El diseño de las instituciones del derecho de la competencia: Global Norms, Local Choices* (eds., 2013).

30 Véase Kovacic, "Getting Started".

31 *Id.*

32 Véase, por ejemplo, Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement xi* (2011) ("Las instituciones... son un motor crítico y subestimado de una política antimonopolio que interactúa de muchas maneras sutiles con las normas y decisiones antimonopolio sustantivas"); Annetje Ottow, *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles* (2015) (donde se analiza de forma general el funcionamiento de los sistemas de competencia y sus principios estructurales).

33 Véase en general David A. Hyman y William E. Kovacic, "Competition Agency Design: ¿What's on the menu?", *8 European Competition J.* 527, 528-36 (2012) (evaluando una variedad de diferentes sistemas de diseño de agencias de competencia y cómo las opciones pueden afectar a la eficacia futura de estos sistemas).

34 Esto es evidente, por ejemplo, en la experiencia de Estados Unidos. La decisión de crear una segunda institución federal de aplicación de la ley en 1914 (la Comisión Federal de Comercio) puede considerarse un experimento de desarrollo de políticas administrativas como alternativa a la aplicación de las leyes antimonopolio por parte del Departamento de Justicia en los tribunales federales. Véase Marc Winerman, "The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition", *71 Antitrust L.J.* 1, 62-88, 90-92 (2003) (donde se analizan los motivos legislativos para la creación de la FTC). La evolución del programa de aplicación penal del Departamento de Justicia contra los cárteles también ha mostrado una considerable experimentación y ajuste, especialmente desde mediados de la década de 1970. Véase William E. Kovacic, "Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from US Experience", en *Criminalising Cartels* 45, Eds., Caron Beaton-Wells y Ariel Ezrachi, (2011).

35 Véase Marc Winerman y William E. Kovacic, "Outpost Years for a Start-Up Agency: The FTC from 1921 to 1925", *77 Antitrust L.J.* 145, 146-49 (2010) (donde se describe el valor del estudio histórico como forma de identificar el valor del análisis histórico para entender la FTC y comprender los retos a los que se enfrentarán otras agencias en el período inicial de su desarrollo); William E. Kovacic, "The FTC at 100: Into Our Second Century 2-5" (enero de 2009) (en adelante *FTC at 100*) (donde se discuten los beneficios para la FTC de compararse con otras agencias de competencia). <http://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-100-our-second-century/ftc100rpt.pdf>.

perspectiva histórica puede ayudar a orientar el diseño inicial y el funcionamiento temprano de un sistema de regulación y, lo que es más importante, puede informar sobre la manera de perfeccionarlo con el fin de que mejore su desempeño a largo plazo.³⁶ Las autoridades que adoptan un ciclo virtuoso de experimentación, evaluación y perfeccionamiento aumentan considerablemente sus perspectivas de éxito.³⁷

B. Nota sobre la metodología

Existe una amplia y creciente literatura sobre el desarrollo de nuevos sistemas de derecho de la competencia.³⁸ Esto refleja el gran número de líneas de investigación emprendidas debido a la notable expansión del derecho de la competencia como una preocupación global. Este artículo está basado en esos desarrollos previos y recurre a tres recursos adicionales. Uno de ellos es el proyecto de evaluación comparativa llevado a cabo por el Centro de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Esta iniciativa ha recopilado información sobre las diez características institucionales principales de los 130 sistemas de derecho de la competencia existentes en el mundo.³⁹ El proceso de preparación de este estudio ha proporcionado una valiosa oportunidad de utilizar la información con el fin de analizar la evolución los sistemas en las distintas jurisdicciones.

El segundo, son los informes y revisiones de pares elaborados por la Red Internacional de Competencia (ICN), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) respecto de asuntos relacionados con la aplicación de las leyes de competencia.⁴⁰ Uno de los autores de este artículo ha escrito tres de estas revisiones y actualmente participa en un proyecto para estudiar la aplicación de las recomendaciones anteriores en Ucrania⁴¹.

El tercero consiste en entrevistas. Los autores han hablado con funcionarios y ex funcionarios de las agencias de competencia, así como con profesionales y académicos. Del mismo modo, han realizado salidas de campo a varios países.⁴² Estas actividades aportan información que puede ser esclarecedora o poco fiable (a veces ambas al mismo tiempo). Dependiendo de las entrevistas para evaluar la calidad de los organismos de

36 Véase en general Edward J. Balleisen y Elizabeth K. Brake, "Historical Perspective and Better Regulatory Governance: An Agenda for Institutional Reform", *8 Regulation & Governance* 222 (2014) (en el que se destacan las diferentes formas en que los organismos reguladores utilizan la historia para influir en las futuras decisiones y elecciones políticas y se evalúan las perspectivas históricas en la configuración de la política regulatoria).

37 Véase William E. Kovacic, "Achieving better practices in the design of competition policy institutions", *50 Antitrust Bull.* 511, 511-13 (otoño de 2005) (en el que se defiende un proceso de innovación política que implica la experimentación con nuevas técnicas, la identificación de enfoques superiores a través de la evaluación periódica y la adopción de mejores prácticas).

38 Véanse las notas 12-15 y el texto que las acompaña (donde se describe cómo el establecimiento de nuevos sistemas crea nuevas oportunidades para el estudio académico).

39 Centro de Derecho de la Competencia, Universidad George Washington, "Base de datos de la competencia mundial". www.gwcl.com/World-competition-database.html.

40 Las revisiones inter pares de la OECD se recogen en www.oecd.org [https://perma.cc/YJJ2]. Las revisiones inter pares de la UNCTAD aparecen en www.unctad.org [https://perma.cc/3GAF-LACB].

41 Kovacic ha participado en varios de estos ejercicios de revisión por pares desde 2011 y ha sido coautor de las revisiones por pares de la UNCTAD para Armenia, Pakistán y Ucrania. UNCTAD, "Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Ucrania" (5 de julio de 2013), disponible en www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d3_en.pdf; UNCTAD, "Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Pakistán" (6 de junio de 2013), disponible en www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d4_en.pdf; UNCTAD, *Voluntary Peer Review of Competition Policy: Armenia* (31 de agosto de 2010), disponible en www.unctad.org/en/docs/ditcclp20101_en.pdf.

42 Desde 2011, entre todos hemos visitado a las autoridades de competencia de las siguientes jurisdicciones que adoptaron leyes de competencia después de 1990: Albania, Argentina, Armenia, Barbados, Botswana, Brasil, Chile, China, Colombia, Ecuador, España, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Kenia, Letonia, Lituania, Malasia, Marruecos, Mauricio, México, Países Bajos, Pakistán, Perú, Polonia, Portugal, República Checa, Serbia, Singapur, Sudáfrica, Taiwán, Tailandia, Turquía, Ucrania y Zambia.

competencia o extraer conclusiones sobre su evolución supone muchas dificultades.⁴³ A veces, las personas que son o que fueron autoridades en las agencias describen los acontecimientos de una manera que elogia su contribución al servicio público;⁴⁴ los profesionales del sector a veces se quejan para expresar su descontento por un resultado adverso en un asunto de conocimiento de una autoridad de competencia;⁴⁵ y los académicos increpan periódicamente a las agencias por hacer caso omiso de sus recomendaciones.⁴⁶ Para subsanar estas dificultades, los autores han intentado entrevistar al mayor número posible de personas y verificar las valoraciones subjetivas mediante hechos comprobables.

La recopilación e interpretación de esta información está profundamente influida por la orientación interdisciplinaria de la Iniciativa “Repensar la Regulación” (*Rethinking Regulation*) del Instituto Kenan de Ética de la Universidad de Duke.⁴⁷ El análisis de los sistemas jurídicos se enriquece con el conocimiento derivado de varias áreas de aprendizaje que la Iniciativa Repensar la Regulación busca combinar, a saber: economía, historia, derecho, ciencias políticas y administración pública.⁴⁸ Ya sea en el ámbito del derecho de la competencia o en cualquier otro, el establecimiento de una regulación eficaz requiere ser consciente de las condiciones económicas y políticas que facilitan u obstaculizan la aplicación de las políticas públicas, comprender las estructuras de incentivos que motivan a los dirigentes y al personal de los organismos; así como reflexionar sobre las perspectivas derivadas de la experiencia real.⁴⁹ La mera redacción de mandatos legales y mecanismos de procedimiento sin estos pilares se aboca al fracaso.⁵⁰

III. APLICACIÓN DE LA POLÍTICA: TAREAS, RETOS Y EXPECTATIVAS REALISTAS

La evaluación de los regímenes de derecho de la competencia plantea una doble cuestión: no sólo de cómo, sino que también de cuándo, determinar si un nuevo sistema de derecho de la competencia está

43 Sobre los peligros de basarse en narraciones en primera persona para comprender las acciones y los motivos de una agencia de competencia, véase William E. Kovacic, “Antitrust Stories”, *4 competition policy international* 241, eds. Eleanor M. Fox y Daniel A. Crane, 2007 (reseña de *antitrust stories*).

44 Véase Kovacic, “Partisanship”, *supra* nota 37, en 697-98 (donde se describe cómo los funcionarios antimonopolio actuales y anteriores a veces describen los acontecimientos de una manera que magnifica sus logros).

45 Según nuestra experiencia, los profesionales del derecho de la competencia tienden a criticar a las agencias de competencia por no ser lo suficientemente activas o, cuando la agencia es activa y actúa contra uno de sus clientes, por llegar a una decisión de infracción.

46 Kovacic pasó quince años en el mundo académico antes de regresar a la Comisión Federal de Comercio para ocupar altos cargos directivos. La experiencia le enseñó lo poco que entienden los académicos la brecha entre la teoría y la práctica de las políticas públicas.

47 Véase The Kenan Institute for Ethics at Duke University, “Rethinking Regulation”, www.kenan.ethics.duke.edu/regulation/about/rethinking-regulation (visitado por última vez el 29 de mayo de 2016) (donde se describe la iniciativa Rethinking Regulation y sus objetivos).

48 *Id.* Véase también David Deller y Francesca Vantaggiato, “Revisiting the Regulatory State: A Multidisciplinary Review Establishing a New Research Agenda” (Centre for Competition Policy, University of East Anglia, 2014) (debate sobre el valor de la perspectiva multidisciplinaria en el análisis del diseño y el rendimiento de los organismos reguladores).

49 Sobre la importancia de un examen cuidadoso de las condiciones económicas y políticas existentes y de los acuerdos institucionales como base para la reforma regulatoria, véase William E. Kovacic, “Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe”, *44 DePaul L. Rev.* 1197, 1215-23 (1995) (en adelante *Perspectives*). Véase también Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* 4 (2003) (donde se analizan las consideraciones especiales que hay que tener en cuenta a la hora de diseñar la política de competencia en los mercados pequeños; se observa que “las economías pequeñas necesitan una política de competencia que se adapte específicamente a sus mercados”).

50 El hábito de los asesores occidentales de dar a las economías en transición soluciones normativas improvisadas concebidas en economías de mercado bien establecidas, y de minimizar los problemas de aplicación, se critica en William E. Kovacic, “The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries”, *11 Am. U. J. Int’l L. & Pol’y* 437, 437-39, 445-51 (1996) (en adelante *Entrepreneur*).

funcionando eficazmente. La primera parte de la cuestión requiere al menos una investigación preliminar sobre lo que constituye un buen rendimiento de una autoridad e, idealmente, cuánto ha contribuido a la mejora del rendimiento económico. Dado que el rendimiento es difícil de medir, los funcionarios electos, los periodistas, los profesionales, los reguladores y los investigadores académicos utilizan índices sustitutos relacionados con la actividad de la agencia.⁵¹ Tal vez la métrica de rendimiento más comúnmente utilizada en los debates populares y académicos sobre el comportamiento de los reguladores, es la cantidad de actividad de investigaciones iniciadas, casos decididos y normas promulgadas.⁵² Muchos funcionarios de las agencias de competencia comienzan sus discursos haciendo referencia a lo “ocupada” que ha estado la autoridad, una afirmación basada en la premisa de que los altos niveles de actividad certifican la calidad de una agencia.⁵³

Sin embargo, los niveles de actividad son indicadores horrorosamente ambiguos.⁵⁴ Sin duda, la actividad no es irrelevante para una buena evaluación del rendimiento.⁵⁵ Una agencia que no hace nada para aplicar sus competencias adecuadamente puede considerarse un fracaso.⁵⁶ Por ejemplo, un cierto nivel de aplicación de la ley es necesario para disuadir infracciones, crear y mantener la capacidad de la agencia y para cimentar la legitimidad de la institución, en un sentido político y social amplio.⁵⁷ Después de todo, ¿por qué deberían los legisladores confiar los recursos públicos a una agencia que apoltrona y no ejerce sus poderes? Pero un análisis basado exclusivamente en la actividad (el producto) no puede equipararse automáticamente a los logros de la autoridad (el resultado). Hacer muchas cosas no es lo mismo que hacer las cosas de manera correcta.

51 Sobre la popularidad de las medidas basadas en la actividad de los organismos de competencia, véase William E. Kovacic, “Creating a Respected Brand: Cómo los organismos reguladores señalan la calidad”, *22 Geo. Mason L. Rev.* 237, 246-47 (2015) (en adelante, *Respected Brand*); William E. Kovacic, “Rating the Competition Agencies: ¿Qué constituye un buen desempeño?”, *16 Geo. Mason L. Rev.* 903, 908 (2009) (en adelante *Rating the Competition Agencies*); William E. Kovacic, “The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms”, *71 Antitrust L.J.* 377, 404-05 (2003) (en adelante *Enforcement Norms*) (igual). Existe un esfuerzo saludable y creciente, por parte de las agencias y los académicos, para desarrollar y aplicar técnicas para responder a la cuestión fundamental del impacto económico. Esto es evidente, entre otros lugares, en los programas del Comité de Competencia de la OECD, que ha celebrado varias mesas redondas sobre la evaluación de la eficacia de los organismos de competencia.

52 Véase, por ejemplo, Glob. Competition Rev. “Rating Enforcement 2015: The Annual Ranking of the World’s Top Antitrust Authorities”, 1, 2-32 (2015) (presenta los criterios de evaluación, que dan la mayor importancia a los niveles de actividad, incluidos los casos procesados); James C. Cooper y William E. Kovacic, “Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making”, *8 J. L. Econ. & Pol’y* 779, 783-84 (2012) (describe las fuerzas que crean presión para que los reguladores maximicen la “acción observable”); William E. Kovacic et al., “How Does Your Competition Agency Measure Up?”, *7 Eur. Competition L.J.* 25, 27-30 (2011) (donde se analiza la popularidad de las medidas de eficacia de la competencia basadas en la actividad).

53 Véase, por ejemplo, Kovacic et al., “Measure Up”, nota 52 supra, en 27-28 (donde se señala esta tendencia); véase también, Renata B. Hesse, Principal Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, “Remarks at the Global Competition Review Live 5th Annual Antitrust Law Leaders Forum 1” (Miami, FL., 5 de febrero de 2016) (“2015 fue un año ajetreado para la división: abrimos varias investigaciones, registramos mucho tiempo de juicios y registramos varias victorias de importancia...”), disponible en <https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant-attorney-general-renata-b-hesse-delivers-remarks>; Sharis Pozen, Fiscal General Adjunto en funciones, División Antimonopolio, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Developments at the Antitrust Division & The 2010 Horizontal Merger Guidelines - One Year Later 1” (Washington, D.C., 17 de noviembre de 2011) (“Ha sido un momento ajetreado y emocionante para estar en la división”), disponible en <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-sharis-pozen-speaks-american-bar-association-2011>.

54 Véase Svetlana Ardasheva et al., “Distorting effects of competition authority’s measurement: the case of Russia”, *29 INT’L J. PUBLIC SECTOR MGMT* 288 (2016) (documenta los efectos adversos de incentivo de medir el desempeño de las agencias de competencia contando el número de tareas completadas); Kovacic, “Rating the Competition Agencies”, nota 51 supra, en 908 (explica por qué los niveles de actividad reflejan mal el desempeño de las agencias); Kovacic, “Enforcement Norms”, nota 51 supra, en 408-10; Kovacic et al., “Measure Up”, nota 52 supra, en 37-39.

55 Véase Kovacic, “Respected Brand”, supra (describe la importancia que tiene para la credibilidad de un organismo el mantenimiento de un nivel básico de actividad).

56 Véase *id.* (describiendo cómo la no aplicación de un mandato legal puede negar a un organismo “una importante medida de capital político y de reputación”); al mismo tiempo, sin embargo, la reputación de un organismo antimonopolio puede mejorar si se niega a aplicar un mandato legal que ha llegado a ser ampliamente considerado como mal concebido y hostil a los intereses de los consumidores. Véase Kovacic, “Enforcement Norms”, (donde se describe la retirada del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio desde principios de los años 70 de la aplicación de la Ley Robinson-Patman).

57 Véase Kovacic, “Respected Brand”, supra.

Enfocarse exclusivamente en la actividad también puede generar incentivos perversos para los altos cargos, quienes podrían concentrarse en la aclamación y los titulares generados por las nuevas iniciativas, sin sopesar los costos que iniciativas apresuradas podrían generar en largo plazo a la entidad y que por regla general golpean a la agencia a la postre.⁵⁸ Los líderes que sucumben al sensacionalismo y la prensa, también son propensos a invertir poco en activos a largo plazo, y a omitir desarrollo y construcción de conocimiento, procedimientos, infraestructura administrativa y capacidad del personal, que aumentarían el potencial de éxito futuro de la agencia.⁵⁹

En las primeras décadas de una nueva agencia de competencia, los recursos deberían concentrarse, en primer lugar, en la mejora de la capacidad institucional y, en segundo, en el ejercicio de las facultades de investigación y aplicación de la ley así como la creación de reglas y normas claras.⁶⁰ Los fundamentos institucionales clave incluyen: procesos de definición de objetivos, elección de una estrategia para alcanzar los objetivos de la agencia, selección de proyectos y evaluación rigurosa de las pruebas; inversiones periódicas en conocimiento; divulgación de las políticas de aplicación de la ley y de los métodos de análisis, y evaluación rutinaria⁶¹. De ese modo, a medida que la capacidad aumenta, la entidad tendrá la posibilidad de llevar a cabo un programa más ambicioso.⁶² Este artículo asume que las mejoras en la capacidad, especialmente aumento del capital humano, el incremento de la base de conocimientos y el dominio de los métodos de recolección de pruebas y técnicas analíticas que forman parte integral del desarrollo de casos exitosos y otras políticas, tiende a aumentar en el tiempo, la frecuencia con la que la actividad de la entidad mejora el bienestar social.

Por ejemplo, el sistema de competencia mexicano es ilustrativo de las virtudes de la curva de mejora incremental sostenida. Sin embargo, el éxito de la autoridad mexicana no se logró de la noche a la mañana. En efecto, no fue sino hasta bien entrada su segunda década de funcionamiento, que la entidad optó por iniciar un caso de abuso de posición dominante en contra de Telmex, el mayor proveedor de servicios de telecomunicaciones de ese país, y contra el poderoso empresario Carlos Slim⁶³. Aunque la autoridad no logró todos los objetivos propuestos del caso, su actuación oportuna derivó en mejoras significativas para el sector de las telecomunicaciones mexicano.⁶⁴

La segunda parte del dilema consiste en determinar el momento adecuado para evaluar la efectividad o los resultados de un sistema. Es posible formular opiniones preliminares en las primeras etapas de un nuevo régimen.⁶⁵ Tanto para los actores nacionales como para los observadores externos, es importante

58 Véase William E. Kovacic y David A. Hyman, "Consume or Invest: What Do/Should Agency Leaders Maximize?", *91 Wash. L. Rev.* 295, 317-20 (2016) (en adelante, "Consume or Invest") (donde se analiza este fenómeno).

59 Véase *id.* en 304-13 (donde se discute cómo un énfasis excesivo en el lanzamiento de nuevos casos o procedimientos normativos puede causar una inversión insuficiente en la creación de la capacidad necesaria para llevar a cabo tales medidas con éxito).

60 Véase la Sección C de la Parte IV (en la que se discute la necesidad de adaptar los compromisos de los programas a las capacidades institucionales, especialmente al principio de la vida de un organismo).

61 Véase Kovacic *et al.*, "Measure Up", nota 52 *supra*, en 30-33 (donde se establecen los requisitos institucionales para el éxito).

62 Véase *id.*

63 William E. Kovacic, Entrevista con Eduardo Pérez Motta, ex presidente de la CFC (Comisión de Competencia de México) en Washington, D.C. (7 de abril de 2016); Aydin, *supra*.

64 Entrevista con Eduardo Pérez Motta, *supra* nota 63. La iniciativa de la autoridad mexicana de competencia parece haber contribuido a desencadenar una importante actualización de los poderes del regulador de telecomunicaciones de México y motivado un escrutinio más estrecho de Telmex en el futuro. *Id.* Agradecemos a Eduardo Pérez Motta la discusión de la evolución del asunto Telmex.

65 Kovacic, "Institutional Foundations", (describe la importancia de los esfuerzos tempranos y continuos para evaluar el progreso hacia la creación de instituciones eficaces de derecho de la competencia).

supervisar el progreso de un nuevo sistema desde sus primeros días y utilizar las evaluaciones periódicas como herramientas para mejorar los programas o las bases institucionales.⁶⁶ Los primeros parámetros para la evaluación incluyen el éxito en la contratación de profesionales cualificados y personal administrativo, la sensibilización del público sobre el régimen de derecho de la competencia, la publicación de directrices sobre las políticas de aplicación de la autoridad y la aceleración de la tramitación de tareas rutinarias, como la revisión de las solicitudes de concentraciones en el marco de un sistema de notificación obligatoria.⁶⁷ La creación del hábito de evaluar los resultados de actividades individuales y de medir el progreso en la construcción de una infraestructura administrativa eficaz facilita el aprendizaje y muestra el camino para adoptar mejoras que fortalezcan el sistema de competencia.⁶⁸ Este proceso también proporciona la base para que una agencia busque “actualizaciones” de sus poderes, estructura y recursos para las problemáticas evidenciadas en el curso del funcionamiento de la agencia.⁶⁹

Se puede, y se debe, evaluar el progreso continuamente. Hemos observado que los funcionarios de las autoridades de competencia son cada vez más conscientes de que las evaluaciones rutinarias son un elemento fundamental de la buena gestión: la evaluación periódica de los resultados facilita el proceso de aprendizaje y mejora mediante el cual las instituciones se vuelven más eficaces.⁷⁰ Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que se necesita alrededor de veinte a veinticinco años para formarse una impresión fiable con respecto a si el nuevo sistema realmente funciona y es capaz de lograr una aplicación sostenida y exitosa. Las opiniones formadas en las etapas tempranas de un régimen de competencia pueden ser engañosas.⁷¹ En la mayoría de las jurisdicciones se necesita de al menos ese tiempo para construir y establecer las bases institucionales del sistema, lo que incluye la adopción y el perfeccionamiento del esquema legal inicial, la obtención de interpretaciones judiciales de los mandatos sustantivos y las características de procedimiento de la ley, la creación de capacidad dentro de la agencia y la mejora de las instituciones de apoyo (por ejemplo, las universidades) cuyas contribuciones son necesarias para sostener un sistema eficaz.⁷²

La necesidad de observar el desarrollo de un nuevo sistema durante un periodo de tiempo significativo antes de sacar conclusiones firmes sobre su solidez y eficacia se hace evidente en la experiencia de los sistemas de competencia de América Latina hasta mediados de los años noventa. A manera de ejemplo, la autoridad

66 *Id.*

67 Kovacic, “Getting Started”, *supra*, en 446-52.

68 Kovacic, “FTC at 100”, *supra* en 4-6 (el hábito de la autoevaluación sirve para aumentar la capacidad y mejorar el rendimiento).

69 Una característica de los sistemas de competencia que han tenido éxito, tanto los antiguos como los nuevos, es que periódicamente reciben mejoras en sus poderes, estructura y recursos. Este ha sido el caso de los sistemas más recientes, como Chile, Brasil, México y Sudáfrica. Véase Umut Aydın, “Competition Law and Policy in Mexico: Successes and Challenges”, 79 *J. L. & Contemp. Probs.* (2016) (donde se analiza el desarrollo del sistema mexicano); Francisco Agüero, “Política antimonopolio chilena: Algunas lecciones detrás de su éxito”, 79 *J. L. & Contemp. Probs.* (2016) (discutiendo el caso chileno); Andre Gilberto, “Competition Law Enforcement in Brazil: How CADE Is Overcoming Deep Structural Problems to Become an Internationally Recognized Agency”, en *Antitrust in Emerging and Developing Countries 11*, eds., Eleanor M. Fox et al. (2015) (analizando Brasil); Dennis Davis, “The South African Competition Experience: A Review of Fifteen Years into a New Regime”, en *Antitrust in Emerging and Developing Countries 159*, eds., Eleanor M. Fox et al., (2015) (revisando la experiencia en Sudáfrica).

70 El 16 de mayo de 2016, uno de nosotros (Kovacic) presidió una mesa redonda de responsables de la aplicación de las normas de competencia en la Ciudad de México, en el marco de la Reunión de Medio Año de Competencia de la International Bar Association. Entre los panelistas se encontraban Esteban Grecco, jefe de la agencia de competencia de Argentina; Eduardo Frade, miembro del consejo del CADE, la autoridad de competencia de Brasil; y Alejandra Palacios, la presidenta de la agencia de competencia de México. Todos ellos destacaron el valor de desarrollar y aplicar métricas de rendimiento para evaluar la calidad de sus procedimientos internos.

71 Véanse *infra* las notas 73-81 y el texto que las acompaña.

72 Véase en general William E. Kovacic, “Institutional Foundations for Economic Law Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement”, 77 *Chi. -Kent L. Rev.* 265 (2001) (donde se explica cómo crecen y evolucionan los sistemas de competencia y que es necesario dar a estas instituciones el tiempo adecuado para madurar antes de evaluar su éxito).

de competencia peruana, INDECOPI,⁷³ se había ganado una reputación superior dentro de América Latina y a nivel mundial a tan solo cinco años de su creación. Ello en gran parte gracias a la labor de Beatriz Boza, la primera presidenta de la agencia, y a los excepcionales profesionales que reclutó para ocupar los cargos de alta dirección.⁷⁴ El inicio las autoridades de competencia en Argentina, Brasil y Venezuela no fue menos impresionante. Cada una de ellas fue dirigida por líderes astutos (Jorge Bogo en Argentina, Gesner Oliveira en Brasil y Ana Julia Jatar en Venezuela) y atrajo a hombres y mujeres jóvenes y brillantes.⁷⁵ Lo anterior junto a la articulación de una visión de la aplicación de las políticas de aplicación de las leyes de competencia, parecía sentar las bases para el advenimiento de días aún mejores.⁷⁶

Pero la experiencia de las dos últimas décadas ha morigerado algunas de esas las elevadas expectativas. De las cuatro jurisdicciones que habían ascendido rápidamente, en la actualidad sólo Brasil conserva todo el brillo de sus primeros días.⁷⁷ Sin embargo, los resultados de países latinoamericanos que parecían menos prometedores a mediados de los años noventa han mejorado de forma sostenida⁷⁸. Véase los regímenes de Chile y México que se desarrollaron lentamente, pero hoy en día se sitúan, junto con Brasil, como casos de éxito.⁷⁹ A partir de los años noventa, estos sistemas mejoraron gradualmente la calidad de su personal, sus mandatos estatutarios y emprendieron programas de aplicación progresivamente más ambiciosos.⁸⁰ Del mismo modo, en el régimen colombiano, que inició hace más de medio siglo, se aprecian notables progresos en los últimos años.⁸¹

Sin embargo, estos ejemplos de ninguna manera implican que el hecho de que un régimen termine sus primeras décadas en buenas condiciones garantice su éxito indefinidamente. Más allá de ese período, tanto las autoridades más antiguas como las más nuevas enfrentan retos que las ponen en riesgo y que determinarán si mantendrán su buen desempeño o si sufrirán un daño duradero. Al respecto, puede observarse la experiencia de Polonia, que refleja por qué es necesario un período de veinte a veinticinco años de experiencia para evaluar la resiliencia de un sistema. El establecimiento de un régimen de competencia a principios de la década de 1990 en Polonia constituyó un acontecimiento crucial en los estados post

73 Véase en general *Lessons from the first years of indecopi: Peru's Experience in Market Regulatory Reform 1993-1998*, ed., Beatriz Boza, (1998) (donde se analiza la formación y los primeros años del INDECOPI).

74 Entrevista con Luis Canseco-Díaz, exjuez del Tribunal de Propiedad Intelectual de Perú, en Lima, Perú (21 de agosto de 2016).

75 Uno de nosotros (Kovacic) observó el desarrollo de estas instituciones en el curso de varias visitas a estos países en la década de 1990 y en conversaciones con los tres funcionarios en varios eventos internacionales en esa década.

76 Entrevista con Marcelo Calliari, ex miembro del CADE, en Londres, Reino Unido (27 de junio de 2016).

77 Véase Eleanor M. Fox et al., *Antitrust in Emerging and Developing Countries* (2015) para un tratamiento informativo de la evolución en América Latina desde mediados de la década de 1990; véase también OECD, "Seguimiento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo" (2015); OECD, "Follow-up to Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Panamá y Perú" (2012); Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol, *Competition Law and Policy in Latin America* (eds., 2009); Claudia Schatan, "The Dynamics of Competition Policies in Small Developing Economies: the Central American Countries' Experience", en *New Competition Jurisdictions 91*, eds., Richard Whish y Christopher Townley, (2012).

78 Véanse las notas 79-81 y el texto que las acompaña.

79 Véase Umut Aydin y George C. Lamb Jr., *Competition Law and Policy in Mexico: Successes and Challenges* (2015), http://kenan.ethics.duke.edu/wp-content/blogs.dir/2/files/2015/04/Aydin_CompetitionInMexico_2015-04-28.pdf

80 Véase Entrevista con Julián Peña, socio, Allende & Brea, Buenos Aires (20 de noviembre de 2015). http://kenan.ethics.duke.edu/wp-content/blogs.dir/2/files/2015/04/Aydin_CompetitionInMexico_2015-04-28.pdf (donde se detalla la progresión de México).

81 Véase Global Competition Review, "The Antitrust Review of the Americas 2016" (2015), <http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/antitrust-review-americas-2016> (donde se relatan los modernos avances de Brasil, Chile, Colombia y México).

soviéticos de Europa central y oriental.⁸² Polonia fue un barómetro temprano y continuo para medir el éxito de las reformas de las leyes de competencia dentro del grupo de economías en transición.⁸³ Como resultado del firme compromiso de estado polaco con la iniciativa, así como del apoyo sustancial y prolongado de los regímenes de competencia de la Unión Europea y Estados Unidos, su autoridad de competencia y protección del consumidor se convirtió en una institución formidable y muy respetada.⁸⁴ Así pues, en 2012, y con ocasión del vigésimo cumpleaños del régimen de competencia polaco, tuvo lugar una celebración internacional de los logros del país en la materia, los cuales fueron el resultado de la creación de un equipo capaz, el desarrollo gradual de programas eficaces de defensa y aplicación de la ley, y de su liderazgo entre las nuevas agencias en Europa Central y Oriental.⁸⁵ Lo que incluso dio lugar a que, un año después, en abril de 2013, la agencia polaca fuera la anfitriona de la mayor reunión anual de autoridades de competencia en mundo,⁸⁶ la conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia.

No obstante, los acontecimientos de los últimos años han puesto de presente que, ni Polonia, ni ninguna otra autoridad pueden dar nada por sentado. En efecto, en 2014, el Jefe de Estado polaco destituyó a la reconocida presidenta de la Oficina de Competencia y Protección del Consumidor, Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel, por un desacuerdo político.⁸⁷ Su sucesor, Adam Jassar, conservó los elementos clave del programa de su predecesor, introdujo mejoras útiles y dispuso los temores de que la destitución de Tomkiel diera inicio a un nuevo ciclo de interferencia política en el funcionamiento de la autoridad⁸⁸. No obstante, en diciembre de 2015, el nuevo gobierno anunció su intención de destituir a Jassar en cuanto se pudiera organizar su sustitución.⁸⁹

Incluso en las mejores circunstancias, los cambios de liderazgo en las agencias pueden ser una fuente de considerable ansiedad para las empresas y el propio personal de la agencia.⁹⁰ Es mucho más inquietante cuando la intervención política provoca la salida de la alta dirección. Dos destituciones de las directivas fundadas en razones políticas en dos años consecutivos presuponen una inmensa conmoción para cualquier entidad. No hay que subestimar el efecto desorientador que estos eventos ocasionan en la propia agencia, que deviene en la incertidumbre sobre la continuidad de los programas y en la inevitable rotación de personal, especialmente de cargos directivos. Algunas agencias han demostrado resiliencia

82 Véase, en general, John Fingleton *et al.*, *Competition Policy and the Transformation of Central Europe* (1996) (donde se describe el desarrollo temprano de la ley de competencia en las naciones de Visegrad, incluida Polonia).

83 Véase en general Russell Pitmann, "Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later", *43 Antitrust Bull.* 179 (1998) (donde se destaca que Polonia fue uno de los primeros países en adoptar leyes de competencia tras la desintegración de la Unión Soviética).

84 Véase, en general, Michael Wise, "Review of Competition Law and Policy in Poland", *5 OECD J. of Competition L. & Pol'y* 83 (2003) (en el que se analiza el desarrollo de la ley de la competencia en Polonia y su papel para ayudar a remodelar la economía polaca).

85 Ver Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel, *Changes in Competition Law over the Past Two Decades* (ed. 2010) (conmemorando el vigésimo aniversario de la creación del sistema de derecho de la competencia de Polonia).

86 ICN, *ICN 12th Annual Conference*, www.icnwarsaw2013.org (visitado por última vez el 29 de mayo de 2016).

87 Agradecemos a Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel que haya relatado sus experiencias como presidenta de la UOKIK y que haya descrito las circunstancias de su despido.

88 Entrevista con Malgorzata Krasnodebska-Tomkiel, expresidenta de la UOKIK polaca, Varsovia, Polonia (12 de octubre de 2015); Entrevista con Adam Jassar, presidente de la UOKIK polaca, Varsovia, Polonia (13 de octubre de 2015); Katy Oglethorpe, "Government advisor to head Polish Authority", *Glob. Competition Rev.* (19 de marzo de 2014), disponible en <http://globalcompetitionreview.com/news/article/35535/government-advisor-to-head-polish-authority/> [https://perma.cc/W9B3-C4NV] (informa del nombramiento de Adam Jassar para dirigir la Oficina de Competencia y Protección de los Consumidores de Polonia).

89 Agradecemos a Adam Jassar que nos hable de su gestión como presidente de la UOKIK y que revise las circunstancias de su despido.

90 Véase, en general, William E. Kovacic, "Politics and Partisanship in U. S. Federal Antitrust Enforcement", *79 Antitrust L. J.* 687 (2014) (describe la influencia de la política y el partidismo en la elaboración de políticas antimonopolio en Estados Unidos).

tras cambios de dirección aparentemente bruscos e imprevistos que, en cierto sentido, se relacionaban con diferencias entre el director de la autoridad y los dirigentes políticos del Estado⁹¹. Sin embargo, lo preocupante es que tales transiciones pueden socavar el rendimiento de la agencia, al menos en el corto plazo, y causar graves daños a la reputación en el largo plazo. Se tarda mucho tiempo en escalar una montaña alta; y un paso en falso para el descender por el precipicio.

En este punto, debe anotarse que, en la mayoría de los casos, las autoridades más antiguas, mejor establecidas y con más experiencia tienen una mayor probabilidad de responder frente a este tipo de sucesos. Esto se debe a que: (a) una agencia mejor establecida y con más experiencia ha tenido más tiempo para crear un personal de carrera que le proporcione continuidad y estabilidad a lo largo del tiempo, y que sea capaz de llevar a cabo el trabajo a pesar de interrupciones significativas en el liderazgo;⁹² (b) una agencia de este tipo probablemente haya acumulado un capital reputacional que puede ayudarlo a mantenerse de pie ante los ojos del público en un momento de crisis.⁹³ Una agencia relativamente nueva, por el contrario, puede ser más vulnerable a ser abolida o disminuida permanentemente, toda vez que no ha tenido la oportunidad un capital humano con suficiente profundidad y experiencia o de forjarse una reputación que pueda sostenerla en tiempos difíciles.

A. Los poderes de las autoridades a prueba

Todas las nuevas agencias de competencia deben pasar por un periodo inicial en el que aplican sus poderes por primera vez. Inevitablemente, habrá un desfase (a veces considerable) entre la fecha de entrada en vigor de la nueva ley de competencia y el momento en que el órgano de aplicación adquiere la destreza para realizar las tareas básicas asociadas a la realización de investigaciones, la recopilación de pruebas, la formulación de teorías de responsabilidad y el enjuiciamiento de casos.⁹⁴ Una cosa es sentarse en un seminario de formación para escuchar a un experto repasar los fundamentos analíticos de la ley de competencia y explicar los ingredientes conceptuales de tipos sancionatorios; otra muy distinta es basados es identificar potenciales infractores a ser investigados, preparar un caso y defenderlo a través del procedimiento dispuesto en la ley.

91 Veamos dos ejemplos. Beatriz Boza, la primera directora del INDECOPI de Perú, dejó su agencia tras la agitación política que rodeó la salida de Alberto Fujimori, presidente del país. Fujimori había traído a Boza de vuelta a Perú para dirigir INDECOPI, y su destitución como presidente la llevó a dejar INDECOPI. Entrevista con Beatriz Boza, ex presidenta del INDECOPI, Lima, Perú (7 de diciembre de 2011). Aproximadamente una década después de que Boza dejara el cargo, el INDECOPI experimentó importantes ajustes de política bajo un nuevo liderazgo. En los últimos años, el organismo parece haber avanzado en la mejora de sus programas y su estatura bajo la dirección de Hebert Tassano. Entrevista con Luis Canseco-Diez, fundador, DiezCanseco, Lima, Perú (21 de agosto de 2016). El segundo ejemplo es la Autoridad Antimonopolio de Israel. A principios de este año, el presidente de la agencia, David Gilo, anunció su dimisión después de que el presidente del país decidiera anular la oposición de la agencia antimonopolio a una fusión de dos empresas de gas natural. Sharon Udasin, "Antitrust Commissioner David Gilo to resign in August amid gas disputes", *The Jerusalem Post* (25 de mayo de 2015), <http://www.jpost.com/Business-and-Innovation/Antitrust-Commissioner-David-Gilo-to-resign-in-August-amid-gas-disputes-404017>. La dimisión suscitó dudas sobre la futura estabilidad del régimen antimonopolio de Israel. Estas preocupaciones se han disipado con el nombramiento de un profesional muy respetado, Michal Halperin, que anteriormente había trabajado en la Autoridad Antimonopolio de Israel. Ora Coren, "Prominent Lawyer Michal Halperin Named Israel's New Antitrust Chief", *Haaretz* (27 de enero de 2016), <http://www.haaretz.com/Israel-news/business/premium-1.699928> [https://perma.cc/KY97-CR5Y]. Todo indica que la transición de liderazgo se ha producido sin problemas, y el trabajo de la agencia no se ha visto afectado negativamente. Entrevista con David Gilo, expresidente de la Autoridad Antimonopolio de Israel, Rodas, Grecia (4 de julio de 2016).

92 Véase Kovacic, *Partisanship*, nota 37 *supra*, en 704 (donde se habla de la resistencia de un personal profesional con muchos años de antigüedad).

93 Véase William E. Kovacic y Marc Winerman, "The Federal Trade Commission as an Independent Agency: Autonomy, Legitimacy, and Effectiveness", *100 Iowa L. Rev.* 2085, 2106-07 (2015) (donde se analiza cómo las agencias de competencia acumulan y gastan capital político).

94 Muchos altos funcionarios de nuevos organismos de competencia nos confirmaron que nada de esto es fácil para un organismo que empieza de cero. Entrevista con Dragen Penezic, Secretario General de la Comisión de Competencia de Serbia, Belgrado, Serbia (7 de abril de 2016); Entrevista con Skaidrite Abrama, Presidente de la Comisión de Competencia de Letonia, Riga, Letonia (8 de mayo de 2015); Entrevista con Sarunas Keraskouskas, Presidente de la Comisión de Competencia de Lituania, Vilna, Lituania (10 de septiembre de 2015); Entrevista con Anna Fornalczyk, ex Presidenta de la Agencia de Competencia y Protección de los Consumidores de Polonia, Varsovia, Polonia (13 de octubre de 2015).

No hay nada automático o simple respecto de la implementación de un nuevo sistema y su proceso de aprendizaje que es vital para todo programa exitoso. Tres ejemplos básicos ilustran las dificultades que una nueva agencia enfrenta al llevar a cabo algunas de las tareas esenciales asociadas con la aplicación de las leyes. El primero, es definir sus objetivos y elegir trazar la estrategia para alcanzarlos.⁹⁵ Los legisladores suelen consignar una amplia gama de objetivos en la ley de competencia;⁹⁶ por su parte la agencia se encuentra en la difícil tarea de conciliar los diversos -y a veces contradictorios- objetivos legislativos y formular un programa coherente.⁹⁷

El segundo, es un tanto más prosaico, aunque no menos importante: dominar el uso de órdenes de cateo o instrumentos equivalentes a través de los cuales la autoridad puede recopilar información o practicar inspecciones sorpresa en los domicilios de los investigados para recolectar material probatorio.⁹⁸ Conducir una inspección puede ser un proceso complejo y desconcertante para una entidad inexperta. Para que se ejecute correctamente y arroje información útil para la preparación de un caso, es necesario elaborar una descripción específica de los materiales que se pretenden a recoger, identificar correctamente los locales que se van a registrar, reunir un equipo de inspectores con una idea clara de los artículos que se van a incautar y de la información que se va a recoger (como las contraseñas de los sistemas informáticos), una metodología sólida para hacer un inventario de los artículos recolectados, un experto en la ley que dirima las objeciones in situ planteadas por los investigados y, un equipo de especialistas forenses que puedan analizar y depurar el material.⁹⁹ Todo esto puede ser aún más complejo en el caso en que se deban registrar varios locales al mismo tiempo con el fin de evitar que los posibles investigados se alerten entre sí y evitar que tengan la oportunidad de ocultar o destruir evidencias.¹⁰⁰

Para una agencia novata (y para unas pocas agencias experimentadas), la realización de estas tareas está plagada de oportunidades para errar. La mayoría de las autoridades pueden contar historias sobre la llegada a las oficinas comerciales sólo para descubrir que la orden de registro (generalmente aprobada por un magistrado u otro funcionario judicial) contenía una dirección incorrecta, lo que terminaba por invalidar la orden de registro.¹⁰¹ En otros casos, las dificultades van más allá. En algunas jurisdicciones, el

95 Véase William E. Kovacic, "The Digital Broadband Migration and the Federal Trade Commission: Building the Competition and Consumer Protection Agency of the Future", 8 *J. Telecom. & High Tech. L.* 1, 8-9 (2010) (analiza la importancia de la definición de los objetivos y la elección de la estrategia como factores determinantes de la eficacia de los organismos).

96 Véase David A. Hyman y William E. Kovacic, "Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law", 81 *Fordham L. Rev.* 2163, 2165-69 (2013) (donde se analiza cómo las legislaturas buscan realizar múltiples objetivos políticos mediante la promulgación de leyes de competencia). Véase también David Lewis, *Enforcing Competition Rules In South Africa: Thieves At The Dinner Table* 111-12, 117-28 (2015). (describe los objetivos de interés público de la ley de competencia sudafricana).

97 Véase Winerman y Kovacic, "Outpost Years", nota 35 *supra*, en 149-57 (donde se relatan las luchas de la primera FTC para resolver las tensiones entre las visiones legislativas opuestas de lo que la agencia debería lograr).

98 Sobre el uso de estas técnicas de obtención de pruebas en las investigaciones de cárteles, véase ICN, *Anti-Cartel Enforcement Manual* 1-47 (mayo de 2009), <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc340.pdf> [https://perma.cc/74K2-U994].

99 *Id.* (debate sobre el desempeño de estas tareas).

100 *Id.* en 15 ("Es una buena práctica hacer la entrada simultáneamente con equipos de búsqueda en otros locales y equipar a cada jefe de equipo con un teléfono móvil y los números de un puesto de mando central y/o de todos los demás jefes de equipo pertinentes para permitir una coordinación continua").

101 La primera redada llevada a cabo por la autoridad portuguesa de la competencia es ilustrativa. Cuando los funcionarios de la agencia llegaron a los locales de la empresa comercial que debían examinar, descubrieron que la sede de la empresa se había trasladado al otro lado de la calle. Así, en la orden de registro figuraba una dirección diferente a la presentada al magistrado, que aprobó la orden de autorización del allanamiento. El instrumento de registro, tal como estaba firmado, no permitía a la agencia registrar las instalaciones de la nueva sede. La autoridad portuguesa obtuvo una nueva orden, esta vez con la dirección correcta, y ejecutó el registro unos días después. El registro fue infructuoso, tal vez porque la empresa destinataria aprovechó el intervalo para trasladar los registros potencialmente problemáticos a una nueva ubicación, o para barrer los ordenadores en busca de registros electrónicos. Entrevista con Mariana Tavares, ex jefa de gabinete del presidente de la Agencia de la Competencia de Portugal, Londres, Reino Unido (28 de enero de 2016).

órgano de defensa de la competencia se enfrenta a la seria posibilidad de que sus oficiales enfrenten una reacción violenta al realizar la inspección.¹⁰² En otros países, el peligro de atentados terroristas impide de hecho a la entidad realizar registros obligatorios o incluso visitar los domicilios de las empresas para declaraciones voluntarias.¹⁰³

Un tercer ejemplo es la aplicación del control previo de concentraciones que impide que las partes cierren la transacción hasta que no sea aprobada. Más de sesenta jurisdicciones han establecido variantes de este proceso¹⁰⁴, y todas han subestimado las cargas administrativas que conlleva. Estados Unidos creó el modelo de este mecanismo en la Ley de Mejoras Antimonopolio Hart-Scott-Rodino de 1976.¹⁰⁵ Su aplicación comenzó en 1979 y en los primeros años estuvo marcada por los esfuerzos, a menudo caóticos, de las autoridades estadounidenses -con grandes recursos a su disposición y una larga experiencia en el análisis de fusiones- para crear procedimientos internos que permitieran evaluar grandes cuerpos de información en un tiempo relativamente corto y preparar los casos para oponerse a las transacciones que generasen potenciales riesgos anticompetitivos.¹⁰⁶ Casi todas las jurisdicciones que han recorrido este camino, han comprobado que se necesita una cantidad de tiempo y recursos considerables para crear equipos capaces de tramitar los casos para revisar las transacciones propuestas, idear procedimientos administrativos para organizar y evaluar grandes cantidades de información, encontrar formas de brindar información y asesoramiento a las empresas, y retener los conocimientos adquiridos en la práctica.¹⁰⁷

La experiencia relativa al control de concentraciones evidencia el rol vital que juega el aprendizaje en el desarrollo de una agencia de competencia y, en un sentido más amplio, de un sistema de competencia. La búsqueda de métodos eficaces para la aplicación de la ley implica un elemento inevitable de experimentación; los puntos claves incluyen el establecimiento de procesos para identificar posibles sujetos de investigación, la selección de casos sólidos y el enjuiciamiento exitoso de las infracciones.¹⁰⁸

102 En visitas a Rusia en los años 90, uno de nosotros (Kovacic) escuchó en varias ocasiones a funcionarios del Servicio Federal Antimonopolio que algunos sectores estaban controlados por organizaciones mafiosas que no dudarían en abatir a un funcionario del gobierno que intentara presentar una orden de registro. Véase William E. Kovacic, "The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries", *11 Am. U. Int'l L. Rev.* 437, 444-45 (1996) (donde se analizan las preocupaciones expresadas por los empleados de las oficinas regionales del Servicio Federal Antimonopolio).

103 Este es el caso de la Comisión de Competencia de Pakistán, que no puede realizar operaciones en algunas regiones de Pakistán propensas a la violencia. Entrevista con Joseph Wilson, Comisario de la Comisión de Competencia de Pakistán, Ginebra, Suiza (10 de julio de 2016).

104 John Davies, *Getting The Deal Through: Merger Control 2016*, en 450-79 (ed., 2016).

105 15 U.S.C. § 18a (2000). Véase, en general, William Blumenthal, "Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement", *65 Antitrust L. J.* 813 (1997) (donde se detallan los orígenes y los efectos de las reformas de control de las fusiones de Hart-Scott-Rodino).

106 Véase William E. Kovacic, *HSR at 35: the Early US Premerger Notification Experience and its Meaning for New Systems of Competition Law*, en *New Competition Jurisdictions 9* (Richard Whish & Christopher Townley eds., 2012) (donde se destacan las primeras dificultades de la FTC para aplicar un nuevo programa de notificación previa obligatoria de las fusiones).

107 China ofrece un ejemplo ilustrativo. Al crear su sistema de derecho de la competencia, China subestimó en gran medida las dificultades administrativas que presentaría su sistema de notificación previa a las fusiones. Se asignaron veinte personas a la nueva unidad de revisión de fusiones del Ministerio de Comercio: diez profesionales y diez empleados de apoyo administrativo. La oficina, muy escasa de personal, ha tenido dificultades para hacer frente al volumen de presentaciones obligatorias, aunque el aumento de personal (la oficina cuenta ahora con aproximadamente 40 personas) y la adopción de un mecanismo de vía rápida para las transacciones benignas han puesto a la oficina en una mejor posición para gestionar el programa. Véase William E. Kovacic, "China's Competition Law Experience in Context", *3 J. of Antitrust Enforcement Supp.* 1, 2 (2015) (donde se analiza la aplicación temprana de la Ley Antimonopolio de China y su mecanismo de revisión de fusiones). Un patrón similar ha surgido en Filipinas, cuya nueva ley de competencia entró en vigor en mayo de 2016. La ley incluye un sistema obligatorio de notificación de fusiones, que requiere que las partes que se fusionan informen de las transacciones propuestas con antelación y permitan a la agencia de competencia la oportunidad de revisar la transacción antes de que se cierre. El pequeño personal profesional de la nueva agencia se vio inundado con presentaciones de fusiones. Los primeros meses de las operaciones de la agencia han estado dominadas por una lucha para revisar las transacciones presentadas bajo el sistema de notificación obligatoria. Entrevista con El Cid Butuyan, Comisionado, Comisión de Competencia de Filipinas, Lima, Perú (21 de agosto de 2016).

108 Véase en general William E. Kovacic, "Using Ex Post Evaluation to Improve the Performance of Competition Authorities", *31 J. Corp. L.* 503 (2006) (examina la naturaleza experimental de gran parte de la formulación de políticas en el derecho de la competencia).

La experimentación conlleva indefectiblemente a una mezcla de éxitos y fracasos, de los que no hay que avergonzarse (salvo que se vuelvan costumbre, especialmente si se originan en la repetición de errores pasados). Las autoridades exitosas progresan porque aprenden: mejoran a través de un proceso de tres pasos de experimentación, evaluación y perfeccionamiento.¹⁰⁹

Por lo tanto, uno de los atributos más importantes de los sistemas de competencia exitosos es el establecimiento de una cultura dentro de la autoridad que promueva la autoevaluación crítica y continua; así como el compromiso implementar mejoras en el futuro. El desarrollo de lo que hoy se consideran en general valiosas técnicas de aplicación -por ejemplo, los programas de clemencia para detectar y disuadir a los cárteles¹¹⁰ - no se produjo instantáneamente ni tuvo un éxito inmediato.¹¹¹ El sistema estadounidense de notificación previa y obligatoria de concentraciones, mencionado anteriormente, cambió drásticamente desde su creación en 1979 hasta la actualidad, a medida que las agencias estadounidenses ajustaban los requisitos de información y ampliaban los esfuerzos para que el funcionamiento del mecanismo fuera más transparente para las partes afectadas.¹¹² La lección de estas y otras experiencias consiste en que una autoridad de competencia rara vez hace las cosas bien desde el primer día y por eso su verdadera medida no es dónde empieza, sino cómo aprende y progresa.

B. Contratación y retención de personal capacitado

Se necesita mucho tiempo para ver si una agencia ha establecido una reputación que le permita atraer y retener a buenos abogados, economistas y profesionales administrativos.¹¹³ Algunas nunca consiguen contratar un número suficiente de personal capacitado. A otras les va bien en los primeros años, cuando el entusiasmo por un nuevo programa, unas medidas de aplicación ambiciosas y un liderazgo carismático hacen de ellas un empleador deseable. La verdadera prueba de estas entidades es si pueden retener el talento y convertirse en algo más que un programa de MBA ejecutivo que identifique buenos talentos a ser absorbidos por el sector privado o por órganos públicos.

A algunos países les resulta más fácil que a otros alcanzar la masa crítica de capital humano necesaria. Vale la pena considerar las condiciones ventajosas en las que inició la Comisión de Competencia de Singapur en 2005.¹¹⁴ Ella se creó en el marco de una larga tradición que caracteriza a la administración pública de ese país, consistente en crear magníficas instituciones dotadas de personal altamente

109 Véase Kovacic, "Partisanship", nota 37 *supra*, en 708.

110 Sobre el desarrollo de la clemencia como método poderoso y ampliamente utilizado para detectar cárteles, véase Caron Beaton-Wells y Christopher Tran, *Anti-Cartel Enforcement In A Contemporary Age: Leniency Religion* (eds., 2015) [en adelante, *Leniency Religion*].

111 Sobre el difícil e incierto camino que recorrió el Departamento de Justicia para transformar un programa de clemencia ineficaz, iniciado en la década de 1970, en una potente herramienta para la detección de cárteles, véase Ann O'Brien, "Leadership of Leniency", en *Leniency Religion*, nota 110 *supra*, en el cap. 2. Las reformas emprendidas en 1993 y 1994 se han complementado con una serie de mejoras (por ejemplo, el establecimiento de un sistema de marcadores para animar a las empresas a denunciar las conductas indebidas lo antes posible, y la creación de la "amnistía-plus" para estimular a las empresas a revelar cárteles adicionales más allá de la conspiración inmediatamente investigada) que reflejan el aprendizaje de la experiencia. Entrevista con Melvin Price, Jefe del Programa de Ejecución Penal, Departamento de Justicia, División Antimonopolio, Lima, Perú (20 de agosto de 2016).

112 Véase Kovacic, "HSR at 35", nota 106 *supra* (donde se describen las mejoras introducidas en el sistema estadounidense de notificación previa a las fusiones).

113 Véase en general William E. Kovacic, "Creating a Respected Brand: How Regulatory Agencies Signal Quality", 22 *Geo. Mason L. Rev.* 237 (2015) (donde se evalúa la importancia de la reputación y la marca para el desempeño de una agencia).

114 Véase, en general, Comisión de la Competencia de Singapur, *The First Decade* (2015) (que relata la historia de la Comisión de la Competencia de Singapur).

cualificado y regidas por estrictas normas de integridad.¹¹⁵ La Comisión de la Competencia comenzó sus operaciones, como lo hacen inevitablemente los nuevos sistemas, en un país sin experiencia en derecho de la competencia. No obstante, contaba con un magnífico capital humano: el perfil típico tanto de los directivos como de los encargados de manejar los casos incluía como mínimo un primer título universitario de Singapur y un segundo de una institución de élite fuera del país.¹¹⁶ Adicionalmente, para contar con la experiencia necesaria en la aplicación de las leyes de competencia, Singapur contrató a altos directivos y asesores de países con amplia experiencia en la materia.¹¹⁷ Ninguna otra autoridad ha gozado de condiciones similares en sus inicios, y debe mencionarse que su tradición de formar equipo de trabajo con habilidades profesionales excepcionales continúa hasta el día de hoy.

En muchos otros países, la creación de la masa crítica de capital humano necesaria ha sido un proceso mucho más lento. Como es el caso antiguas repúblicas soviéticas y de los estados que decidieron implementar una economía de mercado luego de un largo periodo de planificación central.¹¹⁸ Incluso en estas circunstancias, hay ejemplos alentadores que muestran que es posible establecer un equipo capaz mediante un proceso de contratación bien diseñado y gradual. Una muestra son las autoridades de Letonia y Lituania creadas entre principios y mediados de los años noventa. Ambas instituciones destacan por la calidad de su dirección y de su personal.¹¹⁹ En el caso Serbia, su autoridad cumplió recientemente diez años y ha logrado considerables progresos en el aumento la calidad de su personal.¹²⁰

La experiencia de estas y otras jurisdicciones demuestra que es posible llegar a los niveles necesarios de capacidad, aunque también evidencia acumulación de experiencia y habilidades es un proceso que toma un tiempo considerable en muchas jurisdicciones. En este punto, vale la pena preguntarse por qué las jurisdicciones en las que se observa progreso -tales como Letonia, Lituania, y Serbia- han logrado crear buenos equipos de trabajo. Al respecto, varios factores son importantes: que el nivel directivo de la agencia reconoce la importancia del capital humano para la institución y hace del reclutamiento y la retención de personal una alta prioridad desde el principio; la puesta en marcha de un número suficiente de investigaciones y de iniciativas que muestren los atractivos del derecho de la competencia como una carrera profesional y las ventajas que puede ofrecer trabajar en la autoridad; la creación de vínculos con la comunidad universitaria que atraigan a estudiantes prometedores; el establecimiento de un programa de desarrollo profesional para los empleados, incluyendo una academia interna para la

115 Nuestro relato de la evolución del derecho de la competencia en Singapur se basa en gran medida en las numerosas entrevistas que Kovacic mantuvo con Robert Ian McEwin desde principios de la década de 2000. Australiano de nacimiento, doctor en economía y licenciado en derecho, McEwin formó parte durante varios años de la plantilla de la Comisión de Competencia de Singapur desde su creación. Fue testigo de la creación de la institución y ha estudiado de cerca su evolución desde entonces.

116 Basamos esta observación en varias visitas (la más reciente, en abril de 2016) a la Comisión de la Competencia de Singapur que Kovacic ha realizado desde la creación del organismo en 2005. Estas visitas han proporcionado información sobre los antecedentes de los gestores y tramitadores de casos de la Comisión.

117 Agradecemos a Robert Ian McEwin las numerosas conversaciones mantenidas durante los últimos diez años sobre la puesta en marcha de la Comisión de la Competencia de Singapur. McEwin, australiano de nacimiento, doctor en economía y licenciado en derecho, fue contratado por la Comisión de la Competencia de Singapur poco después de su creación para asesorar en el establecimiento de los criterios de selección de casos.

118 Véase Kovacic, "Entrepreneur", nota 50 *supra*, en 451-60 (donde se analizan los límites del talento disponible para dotar de personal a las agencias de competencia en las antiguas economías planificadas); Kovacic, "Institutional Foundations", nota 1 *supra*, en 305-06.

119 Basamos esta observación en las visitas in situ que Kovacic realizó a la autoridad letona en mayo de 2015 y diciembre de 2015 y a la autoridad lituana en septiembre de 2015. Agradecemos a los responsables de las agencias de competencia de Letonia y Lituania que hayan brindado generosas oportunidades para que Kovacic se reúna con sus economistas y abogados.

120 Agradecemos a la dirección de la autoridad serbia de la competencia que nos haya brindado la generosa oportunidad de reunirnos con los economistas y abogados de la agencia.

formación en conceptos necesarios y habilidades prácticas; y oportunidades de participar en programas de desarrollo profesional -como conferencias y talleres- fuera de la agencia.

En muchos países, en las fases tempranas de los sistemas de competencia, los esfuerzos por construir un equipo calificado se llevan a cabo sin el beneficio de programas universitarios que impartan cursos de economía y derecho de la competencia.¹²¹ Sin embargo, los sistemas exitosos se nutren sin excepción en centros académicos propios que enseñan derecho de la competencia y economía de la organización industrial, y generan investigaciones que informan el desarrollo de políticas.¹²² En este caso, también, la formación de estas competencias desde cero es un proceso importante pero difícil y largo.¹²³

C. Desafíos previsible en, y resistencia de, los tribunales

En casi todas las jurisdicciones que cuentan con una ley de competencia, los esfuerzos iniciales de la agencia para ejercer sus poderes han suscitado fuertes oposiciones en los tribunales por parte los particulares afectados.¹²⁴ La mayoría de las agencias pasan al menos una década defendiendo sus facultades en las cortes, incluyendo el poder de recopilar información, el mandato sustantivo de investigar varias formas de comportamiento empresarial y el poder de imponer sanciones.¹²⁵ Pueden pasar fácilmente dos décadas o más para que una autoridad obtenga sentencias judiciales (a menudo del tribunal de mayor jerarquía de la jurisdicción) que apoyen sus esfuerzos para ejercer su mandato legal o que dejen clara la necesidad de una reforma legislativa.¹²⁶

En la mayoría de los casos, es probable que los tribunales en el período inicial de aplicación consideren la ley de competencia con cautela o preocupación.¹²⁷ Pocos jueces estarán familiarizados con los conceptos de la ley de competencia.¹²⁸ Como consecuencia, los jueces tenderán a centrarse en las aparentes desviaciones de los requisitos de procedimiento establecidos en la ley de competencia o en el código de procedimiento

121 Véase Kovacic, "Institutional Foundations", nota 1 *supra*, en 272 (describe la importancia de los órganos académicos propios).

122 *Id.*

123 *Id.*

124 Véase, *en general*, Marc Winerman y William E. Kovacic, "Outpost Years for a Start-Up Agency: The FTC from 1921-1925", 77 *Antitrust L. J.* 145 (2010) (en el que se detallan las primeras dificultades de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos ante los tribunales federales).

125 Realizamos esta estimación con base en conversaciones con directores actuales y anteriores de agencias de competencia que describieron la experiencia inicial de sus agencias ante los tribunales. Véase, por ejemplo, Entrevista con Eduardo Pérez Motta, expresidente de la Comisión de Competencia de México, Washington, D.C. (7 de abril de 2016); entrevista con Joseph Wilson, comisario de la Comisión de Competencia de Pakistán, Ginebra, Suiza (15 de julio de 2016).

126 Basamos esta estimación en conversaciones con directores y ex directores de agencias de competencia que describieron las primeras experiencias de sus agencias ante los tribunales. Véanse las notas 42-46 y el texto que las acompaña. En algunas jurisdicciones, el período inicial de interpretación judicial podría ser más corto. La estimación de 20 años refleja el tiempo necesario, en la mayoría de las jurisdicciones, para que la agencia comience a ejercer sus poderes y a emitir decisiones, para que las partes soliciten la revisión judicial, y para que los asuntos lleguen hasta la decisión del más alto tribunal de la jurisdicción. Puede haber varios viajes a los tribunales superiores de la nación, por ejemplo, un ciclo de litigios para poner a prueba los poderes de la agencia para utilizar el proceso obligatorio para recopilar información, y un ciclo separado para poner a prueba la interpretación de la ley y las pruebas que tiene ante sí. También tomamos nota de la experiencia de la Comisión Federal de Comercio, que necesitó décadas para obtener el respaldo judicial de elementos clave de su autoridad. Véase William E. Kovacic, "The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement", 17 *Tulsa L. Rev.* 587, 611-17 (1982) [en adelante, *Supervisión del Congreso*].

127 Véase Kovacic, "Institutional Foundations", *supra* nota 1, en 306 (discute las debilidades de los tribunales en las economías en transición); Kovacic, "Perspectives", *supra* nota 49, en 1211. En muchas conversaciones sobre sus experiencias en las economías en transición, Frederic Jenny ha hecho hincapié en la tendencia de los jueces de las jurisdicciones de derecho civil a centrarse cuidadosamente en cuestiones de corrección procesal y administrativa y a evitar abordar las cuestiones económicas y jurídicas que plantean muchos casos de derecho de la competencia. Esta explicación coincide con la experiencia en la primera década de la ley mexicana, donde los órganos jurisdiccionales escudriñaron el trabajo de la agencia de competencia en busca de imperfecciones procesales. Entrevista con Eduardo Pérez Motta, ex presidente de la Comisión Mexicana de Competencia, Washington, D.C. (7 de abril de 2016).

128 *Id.*

administrativo de la jurisdicción.¹²⁹ En México, por ejemplo, la primera década se vio obstaculizada por el hábito judicial de emitir rutinariamente requerimientos para subsanar aparentes incumplimientos de las normas procesales por parte de la agencia de competencia.¹³⁰ En ese sentido, iniciativas como los programas de formación para jueces pueden mejorar la capacidad de los tribunales para abordar los aspectos sustanciales, sin embargo el desarrollo de estos programas así como despertar el interés de los jueces toma tiempo.

D. Respuesta a los cambios en la dirección de la agencia

Es importante observar cómo se comporta una agencia tras los cambios de liderazgo. Algunas agencias han tenido un comienzo aparentemente excelente gracias a un liderazgo muy visible y capaz. A pesar de ello, muchas han descendido rápidamente en su rendimiento cuando el líder de la primera generación se marcha y un sucesor menos capaz asume el cargo. Además es importante considerar que las autoridades más nuevas, al igual que las más antiguas, pueden sufrir de la rivalidad y los celos entre los líderes actuales y los anteriores.¹³¹ También debe tenerse en cuenta que, como ilustra el ejemplo de la autoridad polaca al que nos referimos anteriormente, se requerirán varios relevos en el liderazgo para determinar si el gobierno mantiene su compromiso en el nombramiento de personas aptas para el cargo y si la agencia consigue construir buenos procedimientos y una buena capacidad de análisis, en lugar de depender principalmente de la habilidad de un determinado director. Tras varios cambios en la dirección, también es posible evaluar si los líderes han aceptado un criterio para definir el éxito en términos de la agencia y suprima el impulso de atribuirse méritos personales o buscar culpables.

E. Superar las crisis económicas y políticas

Los primeros veinte o veinticinco años de funcionamiento de un sistema de competencia proporcionan una idea preliminar de su capacidad para responder a las crisis económicas y políticas que se producen, de diversas formas, en todas las jurisdicciones. En algún momento, a menudo en las primeras décadas de su existencia, los sistemas son puestos a prueba por una conmoción de este tipo y al igual que un barco en medio de una tormenta, la entidad debe arrojárselas para mantenerse a flote durante la crisis y retomar el rumbo una vez que la convulsión haya amainado.¹³² Ninguna agencia de competencia, independientemente de su edad, sobrevivirá si da por sentada la solidez y la durabilidad de

129 *Id.*

130 Ver Aydin, "Competition Law and Policy in Mexico", *supra* nota 63, en 170-71; Sergio García-Rodríguez, "Mexico's New Institutional Framework for Antitrust Enforcement", 44 *DePaul L. Rev.* 1149, 1177 (1995) (A mediados de los noventa, el "sistema judicial de México es percibido por muchos como plagado de considerables retrasos, corrupción institucional y falta de independencia").

131 Ofrecemos un ejemplo basado en conversaciones con funcionarios actuales y anteriores de una agencia de competencia de una economía en transición que tenía una ley más antigua pero que recibió una actualización significativa durante la década de 2000. Los funcionarios pidieron que no se revelara la identidad de la jurisdicción. El primer jefe de la agencia remodelada emprendió un ambicioso programa de aplicación de la ley. El primer presidente se marchó, y el sucesor del presidente original (que había sido un protegido del presidente) desarrolló una relación enconada con el presidente original. El presidente original acusó públicamente al sucesor de mala conducta profesional y criticó en privado el trabajo de la agencia tras el traspaso de la dirección. El sucesor se enfrentó al presidente original en discusiones públicas y conversaciones privadas. Kovacic visitó la sede de la agencia y vio una pared en la que aparecían las fotografías de todos los anteriores miembros de la comisión, excepto una: la del anterior presidente y crítico voluble del actual. Destacaba el espacio vacío de la galería. Kovacic preguntó al actual presidente por la comisión. El actual presidente respondió que la fotografía no se expondría durante su mandato. La disputa no contribuyó en nada a la causa de la Agencia.

132 Un ejemplo instructivo que involucra un sistema de competencia más antiguo es la respuesta de la Dirección de Competencia de la Unión Europea a la crisis financiera que comenzó en 2008. La desesperación por restablecer la solidez de los bancos en la Unión Europea creó presiones extremas para anular los requisitos de la ley de competencia existentes, incluido el régimen que limita las ayudas estatales. La Comisaria de Competencia (Neelie Kroes) libró una valiente y exitosa batalla para mantener el papel de la Dirección de Competencia en el control de las ayudas estatales, incluidos los rescates de las instituciones financieras. La crisis podía dañar gravemente el papel de la Dirección de Competencia en la elaboración de la política económica y, a largo plazo, disminuir su eficacia. Agradezco a Philip Lowe, que fue Director General de la Dirección de Competencia durante la crisis, por relatar este episodio en numerosas conversaciones durante los últimos cinco años. Véase también "An Interview with Sir Philip Lowe, Non-Executive Director of the Board of the UK Competition and Markets Authority", 11 *Competition L. Int'l* 99, 104-05 (octubre de 2015) (relata algunos aspectos de la respuesta de la Dirección General de Competencia a la crisis financiera iniciada en 2008).

su apoyo político, o si asume que la aceptación social de la competencia como principio de organización económica tiene un arraigo y vocación de continuidad capaz de superar cualquier coyuntura económica que suponga una amenaza.¹³³

Todas las jurisdicciones han enfrentado desafíos que ponen a prueba la resiliencia de sus instituciones. La aplicación vigorosa de la ley puede generar la intervención disruptiva de parte ministros y legisladores en las labores de autoridad.¹³⁴ Los cambios en las condiciones económicas y las conmociones interiores pueden poner en entredicho el respaldo político de la agencia y a la competencia como principio de organización económica¹³⁵, y aún peor, podrían llevar a que la aplicación de la ley de competencia se realice en atención a motivaciones políticas, a que se suspenda el funcionamiento de la agencia o hacer que el régimen de competencia se torne completamente irrelevante.¹³⁶ Estas situaciones son desalentadoras para autoridades antiguas, pero son aún más gravosas para las relativamente nuevas; que aun luego de haber superado sus primeras décadas en buenas condiciones y de haber establecido una base sólida para futuras mejoras, puede verse afectado por la agitación económica y política.¹³⁷

Otro rasgo es característico del desarrollo de los nuevos sistemas de competencia y el impacto de los choques económicos y políticos. En muchos países, el diseño inicial de un régimen sitúa a la nueva institución dentro de un ministerio u otros departamentos bajo el control político de los funcionarios electos.¹³⁸ Esto puede interpretarse como la desconfianza del régimen político hacia el nuevo sistema o como un deseo de someter a la nueva institución a una supervisión más estricta.¹³⁹ A lo largo de los años, muchos países han estado dispuestos a dotar de mayor autonomía a las nuevas autoridades¹⁴⁰ lo que les ha permitido gozar con el tiempo de una mayor independencia.

F. Demostrar resiliencia

En gran medida, todas estas consideraciones evidencian la resiliencia de un sistema de competencia frente las adversidades. Se necesitan de al menos veinte años para establecer si la agencia ha obtenido logros,

133 Véase en general William E. Kovacic, "Congress and the Federal Trade Commission", 57 *Antitrust L.J.* 869 (1988) (analiza los asaltos legislativos periódicos a la autoridad de la FTC y asuntos específicos de aplicación desde 1914).

134 Véase Kovacic, "Congressional Oversight", nota 126 *supra*, en 623-27, 664-67 (describe episodios de intervención destructiva del Congreso en los programas de la FTC).

135 Se puede argumentar que las leyes de competencia de Estados Unidos no se convirtieron en elementos principales de la política económica nacional hasta finales de la década de 1930, tras el abandono de las iniciativas de planificación centralizada ensayadas en el Primer New Deal.

136 Ofrecemos los ejemplos de Egipto y Ucrania. El sistema de competencia de Egipto tuvo un comienzo prometedor tras la adopción de una ley de competencia en 2005. Reclutó bien personal y creó una sólida infraestructura administrativa bajo su primera presidenta, Mona Yassine. Menos de una década después, una serie de tumultuosos acontecimientos políticos sacudieron el sistema de competencia y, durante un tiempo, suspendieron esencialmente el funcionamiento del régimen de competencia. En los últimos años, la Agencia Egipcia de la Competencia ha vuelto a ponerse en pie y ha restablecido su programa. Ucrania fue un caso generalmente alentador desde la aprobación de la ley antimonopolio del país a principios de la década de 1990. En los últimos cinco años, el país ha sufrido una revolución política, la ocupación de un territorio considerable en sus regiones orientales y graves dificultades económicas. En el último año, el Comité Antimonopolio de Ucrania ha experimentado una remodelación básica y ahora puede compararse a una nueva agencia de puesta en marcha.

137 Véase *infra* nota 146 y texto adjunto

138 Véase Marianela López-Galdós, *Results of the George Washington University Global Competition Benchmarking Survey* (2016) [en adelante, Benchmarking] (describe los patrones de ubicación de los organismos de competencia en el marco del gobierno).

139 Esto también podría considerarse como la voluntad de un país de proporcionar apoyo político a la nueva institución. Véase Aydin y Buthe, nota 1 *supra*, en 29-32.

140 Véase la nota 130 *supra* y el texto adjunto en el que se describe el cambio de estatus de la agencia de competencia de México.

cómo combatir con éxito los cárteles o modificar políticas gubernamentales que minen los fines del régimen de competencia. Sin embargo, este lapso también es necesario para que la agencia demuestre su capacidad de sortear y avanzar frente a las adversidades.

Estas últimas pueden adoptar muchas formas, por ejemplo: un caso importante que fracasa en los tribunales, una poderosa campaña de presión por parte de la industria para inducir a los legisladores a reducir los recursos de la entidad, una divulgación indebida de información confidencial que pone en duda su atención a las garantías procesales, o lo que es peor, un episodio de corrupción que implique a uno de sus altos funcionarios.¹⁴¹ Resulta importante entonces saber si la institución puede hacer frente a la adversidad y, de haber cometido errores, solucionar el problema y mejorar el rendimiento a futuro.

La resiliencia de una agencia también puede observarse cuando una jurisdicción reforma las instituciones responsables de aplicar las normas. En los últimos diez años, varias jurisdicciones han introducido cambios fundamentales en sus agencias de competencia. Por ejemplo Francia, Portugal, España y el Reino Unido tomaron cada uno dos autoridades nacionales de competencia separadas y consolidaron la responsabilidad de la aplicación de las normas en una sola institución.¹⁴² En caso de Brasil y los Países Bajos, combinaron las competencias de tres entidades distintas en una sola autoridad.¹⁴³ Por su parte Irlanda fusionó su agencia de competencia y su autoridad de protección del consumidor en una sola institución.¹⁴⁴ Adicionalmente España, luego de crear una única agencia de competencia a partir de dos organismos existentes, como ya fue mencionado, optó por formar un cuerpo regulador compuesto por la agencia de competencia y seis reguladores sectoriales.¹⁴⁵

Este reajuste estructural puede ser una fuente de considerable agitación. La nueva institución debe llevar a cabo tanto tareas conceptuales desafiantes (por ejemplo, cómo definir el propósito y la identidad de la nueva institución) como tareas administrativas aparentemente mundanas (la consolidación de dos sistemas de tecnología de la información separados) cuya finalización satisfactoria es necesaria para una transición rápida y eficaz. La transición de las instituciones predecesoras a la nueva configuración, desde el anuncio del rediseño hasta el inicio de operaciones de la nueva entidad, sin duda, crea un inevitable desorden y coste en efectividad.¹⁴⁶

G. Expectativas realistas

Los factores aquí expuestos advierten sobre el peligro de albergar expectativas poco realistas respecto de las posibilidades de un nuevo sistema de competencia en su primera o segunda década. Como

141 La experiencia con el sistema de competencia de Indonesia ofrece un ejemplo tan sombrío. Uno de sus comisarios ha sido condenado por aceptar un soborno en 2008 en relación con un asunto de abuso de posición dominante.

142 David A. Hyman y William E. Kovacic, "Diseño de agencias de competencia: What's On the Menu?", 8 *Eur. Competition J.* 527, 528-29 (2012) (describe los cambios estructurales en Francia, Portugal, España y el Reino Unido).

143 *Id.* Los Países Bajos también fusionaron su autoridad de protección de los consumidores, su agencia de competencia y el regulador responsable de los servicios postales y las telecomunicaciones en una sola entidad.

144 López-Galdós, "Benchmarking", nota 138 *supra*.

145 Véase en general *id.*

146 El anuncio de un cambio estructural previsto, ya sea una fusión de agencias o funciones, o una desvinculación de algunas tareas políticas, inspira inmediatamente especulaciones entre el personal de las agencias afectadas sobre su lugar en el nuevo régimen. La incertidumbre asociada a un reajuste hará que algunos empleados busquen otras oportunidades profesionales. Cuando las salidas alcanzan cierto nivel, la memoria institucional vital sale por la puerta.

se analiza más adelante en el Apartado IV, el rendimiento de un sistema de competencia depende fundamentalmente de cuestiones como la financiación y el capital humano.¹⁴⁷ Las agencias de competencia con pocos recursos y situadas en jurisdicciones con un escaso número de expertos en la materia, deben aplicar la ley de una forma más gradual que las instituciones dotadas de buenas finanzas y talento de primer nivel;¹⁴⁸ e incluso para estas últimas, puede tomar un tiempo considerable desarrollar las competencias necesarias para llevar a cabo efectivamente sus labores investigación y abogacía. No existe un caso de cártel “fácil” o un allanamiento “sencillo” para una agencia sin experiencia.¹⁴⁹ El diseño estándar de un programa de clemencia puede parecer bastante sencillo (dar inmunidad al primer miembro del cártel que informe), pero su aplicación rutinaria presenta complejidades extraordinarias que pueden dejar perplejos incluso a los regímenes más experimentados.¹⁵⁰

Existe una tendencia crónica a subestimar las cargas administrativas impuestas por requisitos legales o reglamentarios que obligan a la agencia de competencia a dedicar recursos a determinados asuntos. Algunos ejemplos son la notificación previa obligatoria de fusiones con efecto suspensivo y los requisitos de derecho administrativo que obligan a la agencia a investigar todas las denuncias que se le presentan con poca o ninguna discrecionalidad, y que le impiden dejar de lado asuntos insignificantes para priorizar asuntos o casos que revistan de mayor importancia.¹⁵¹ Es largo el proceso mediante el cual las agencias aprenden para administrar con eficacia la ejecución a esos y otros mandatos similares.

Este artículo hace un llamado a ser realista al evaluar la experiencia en aplicación de cualquier autoridad con base en estudios comparativos. En respuesta a la pregunta sobre qué tan bueno ha sido el desempeño de una autoridad de competencia en concreto cabe preguntarse: “¿En comparación con qué?”. La perspectiva comparativa proporciona una visión más fiable de lo que las agencias se encuentran en capacidad de hacer. Si un gran número de personas trabajadoras e inteligentes necesitan cierto tiempo para realizar determinadas tareas, no es realista esperar que los demás lo hagan notablemente mejor. Como en el deporte, cabe esperar avances graduales en el rendimiento a lo largo del tiempo, y algunas entidades pueden lograr avances importantes en algunas tareas. No obstante, en general, los avances se alcanzan en pequeños pasos, y los “récords” en este campo no suelen batirse a pasos agigantados.

147 Véase el Apartado IV *infra*.

148 Véase Kovacic, “Institutional Foundations”, nota 1 *supra*, en 298-301 (donde se analizan las posibilidades de introducción gradual del sistema de derecho de la competencia); Rodríguez y Menon, nota 15 *supra*.

149 No hemos realizado un estudio sistemático, pero nuestras entrevistas sugieren que muchas agencias nuevas tardan años en llevar a cabo su primera redada. La Autoridad de Competencia de Kenia, por ejemplo, realizó su primera redada poco después del quinto aniversario de la creación de la agencia. Entrevista con Francis Kariuki, director general de la Autoridad de Competencia de Kenia, Nairobi, Kenia (14 de septiembre de 2016). La autoridad de competencia de Serbia llevó a cabo su primera redada sorpresa en su décimo año de existencia. Entrevista con Dragen Penezic, Secretario General de la Comisión para la Protección de la Competencia de la República de Serbia, Belgrado, Serbia (11 y 12 de abril de 2016).

150 Sin ningún orden en particular, la lista de complicaciones incluye las siguientes cuestiones: el tratamiento de los informantes que estuvieron profundamente implicados en la formación de un cártel, pero que también están ofreciendo pruebas de alta calidad al fiscal; el nivel de protección que se debe dar a los informantes que no son los primeros en denunciar las infracciones, pero que tienen pruebas cuya calidad supera la proporcionada en la primera solicitud; la exhaustividad de la información que el solicitante de clemencia debe proporcionar para tener derecho a la inmunidad; la relación de la clemencia con los derechos privados de acción por daños y perjuicios (por ejemplo, si una parte que busca compensación por lesiones puede obtener acceso a la información proporcionada por el solicitante de clemencia). Entrevista con Marvin Price, Jefe de la Sección Penal, División Antimonopolio, Departamento de Justicia, Lima, Perú (20 de agosto de 2016).

151 COMESA fijó inicialmente umbrales de notificación bajos para las fusiones sujetas a su mecanismo regional de revisión de fusiones. Los umbrales bajos generaron ingresos adicionales para COMESA (porque más transacciones eran notificables), pero a costa de sobrecargar la capacidad de la pequeña secretaría asignada a la revisión de las transacciones. Entrevista con George Lipimile, Director General de la Unidad de Competencia de COMESA, Nueva York, Nueva York (28 de octubre de 2016).

IV. CICLOS DE VIDA

La experiencia acumulada de los nuevos sistemas desde finales de la década de 1980 demuestra un patrón que sigue tres variantes principales de implementación: i) un ascenso inicial o temprano seguido de un declive; ii) una línea plana; iii) y una progresión ascendente y gradual. Este artículo denomina estas trayectorias como ciclos vitales. Ellos sugieren patrones en la evolución de las instituciones, cuyo estudio puede arrojar información útil respecto a qué puede esperar una agencia de sus esfuerzos al aplicar la ley.

A. *Ascenso temprano seguido de declive*

Una serie de sistemas ascendió rápidamente para luego entrar en un periodo de declive sostenido. En algunos casos, el primer periodo consistió en un fuerte ascenso vertical seguido de un descenso casi igual de dramático. El sistema de competencia de Venezuela se ajusta a este perfil.¹⁵² En los primeros años, estos entes suelen ser anunciados como historias de éxito.¹⁵³ Un líder fuerte de la primera generación (por ejemplo, Ana Julia Jatar en Venezuela) que consigue atraer un talento humano a la agencia en sus primeros años suele ser el motor de ese ascenso.¹⁵⁴ El declive se desencadena por diversos factores: la salida del líder carismático sin que se haya desarrollado un marco institucional que mantenga la actividad de la agencia; un cambio en el liderazgo político nacional que da lugar a una reorientación de la política; o una disputa legal que pone en duda la legitimidad del marco jurídico.¹⁵⁵

En algunas ocasiones, el colapso asociado a este escenario no es completo, sino más bien un declive notable en comparación con el período inicial, aparentemente eficaz. Argentina y Perú son ejemplos destacados en esta categoría.¹⁵⁶ En estos casos, la institución no se hunde completamente; sino que desciende a un nivel de rendimiento inferior en comparación con sus logros iniciales. En caso de Perú el decaimiento se dio como consecuencia de la salida de Beatriz Boza y del acotamiento del INDECOPI originados por la agitación política que atravesaba el país.¹⁵⁷ Mientras que, en Argentina, fue la respuesta a la aparición de filosofías políticas que cuestionan el valor de las reformas tendientes a establecer una economía de mercado.¹⁵⁸

La agitación política inspirada por el descontento con las reformas que introdujeron la economía de mercado afecta profundamente al régimen competencia. En algunos casos, los movimientos políticos contrarios a la economía de mercado han reducido el desempeño de los sistemas de competencia a niveles precarios en los que la agencia no puede más que aspirar a retener una masa crítica de su talento humano, dedicada a

152 Marianela Lopez-Galdos, "Noches De Boda Para El Derecho De La Competencia En Venezuela" [*Venezuela's Competition Law's Honey-moon*], *Gaceta Jurídica De La Union Europea Y De La Competencia* (mayo de 2007).

153 Ana Julia Jatar, "Venezuela Competition Policy: The Promotion of Social Change", en *Competition Policy, Deregulation, And Modernization In Latin America*, ed., Moises Naim, (1999)

154 Véase Kovacic, "Entrepreneur", nota 50 *supra*, en 456-57 (describe el papel de Ana Julia Jatar en la creación de la agencia de competencia de Venezuela).

155 Bruce M. Owen, *Competition Policy in Latin America* (Oct. 2003) (Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 268), disponible en <http://ssrn.com/abstract=456441> [<https://perma.cc/E5EB-FZ4W>].

156 Anna Julia Jatar y Luis Tineo, "Cinco años de política de competencia en Perú: Challenges in the Transition to a Market Economy", en *Peru's Experience In Market Regulatory Reform: Lessons From The First Five Years Of Indecopi: 1992-1998*, ed., Beatriz Boza, (1998).

157 Ver OECD. *Perú Peer Review of Competition Law and Policy, 15-16* (2004), <https://www.oecd.org/daf/competition/34728182.pdf> (donde se describe la reducción de las facultades del Indecopi a principios de la década de 2000).

158 Véase Julián Peña, "Promover políticas de competencia desde el sector privado en América Latina", en *Derecho y política de la competencia en América Latina 469*, eds., Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol (2009)

desarrollar labores de investigación y análisis que puedan ser capitalizadas cuando los vientos cambien y la operación de la agencia se reanude a toda su capacidad.¹⁵⁹ No obstante, en el peor de los casos, la autoridad puede convertirse en un Frankenstein, que retrase, en lugar de promover, la competencia.

Una muestra de lo anterior, es la crisis política de Ucrania que, aunada a la anexión rusa de Crimea y la guerra en las regiones orientales del país, amenaza con destruir su sistema de competencia que se implementó a principios de los años 90 mostrando un progreso gradual en sus dos primeras décadas.¹⁶⁰ En 2014, la crisis económica y política llevó a la Comisión Antimonopolio de Ucrania al límite de su existencia.¹⁶¹ El gobierno se vio forzado a imponer un recorte del setenta por ciento en el presupuesto de la entidad. La drástica medida de austeridad obligó a la mayoría de los funcionarios de la agencia a reducir su jornada a medio tiempo lo que provocó que varios directivos y un gran número de personal abandonara la agencia.¹⁶² A mediados de 2015, el gobierno reconstituyó la Comisión, nombró un nuevo director y una nueva junta.¹⁶³ En gran medida, la institución se está reconstruyendo desde cero.

Por su parte, el sistema de competencia de Egipto ofrece un ejemplo similar. Aunque tuvo un comienzo prometedor con una buena financiación y un liderazgo inspirador, la agitación política del país tras el levantamiento de la Primavera Árabe puso el régimen de competencia prácticamente en suspensión. Durante este tiempo, la agencia se ha esforzado por retener, con cierto grado de éxito, a sus funcionarios, quienes se dedicaron durante este tiempo a desarrollar tareas de investigación y análisis previendo la futura reanudación de funciones.¹⁶⁴

Estos ejemplos no significan que las autoridades no puedan recuperarse del declive tras un comienzo prometedor. En Argentina, la reciente reforma del régimen de competencia ha dado lugar a un nuevo compromiso para mejorar el rendimiento del sistema y al nombramiento de nuevos dirigentes capaces en la agencia.¹⁶⁵ Además, hay señales de prometedoras mejoras en Perú, cuyo sistema estuvo a la cabeza de América Latina.¹⁶⁶ En la Conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia celebrada

159 Podría decirse que esto describe la situación a la que se enfrentan las autoridades de competencia en países como Venezuela y Zimbabue.

160 La puesta en marcha y aplicación inicial del sistema de defensa de la competencia de Ucrania, que tuvo un gran éxito, se relata en Roger Alan Boner y William E. Kovacic, "Antitrust Policy in Ukraine", *31 Geo. Wash. J. Int'l L.* 1 (1997). La segunda década del régimen de competencia de Ucrania presenta contribuciones positivas, pero varios elementos del sistema suscitaban críticas, especialmente su mecanismo de control de las fusiones. Véase UNCTAD, "Ukraine Peer Review", nota 41 supra, en 7-8, 23-24 (donde se examinan los logros del régimen de competencia de Ucrania).

161 Entrevista con Yuri Yevgenev, presidente del Comité Antimonopolio de Ucrania, Kiev, Ucrania (22 de julio de 2016).

162 *Id.*

163 *Id.* Véase también la entrevista con Yuriy Terentyev, Presidente del Comité Antimonopolio de Ucrania, *15 Antitrust Source* 6 (julio de 2016), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/aug16_full_source.authcheckdam.pdf [https://perma.cc/QR7C-ATRE] (analiza la restauración de la agencia de competencia de Ucrania).

164 Sobre las turbulentas condiciones políticas en Egipto tras la revolución de la Primavera Árabe y sus efectos en el sistema de competencia egipcio, véase Peter Speelman, "Competition Law in the Middle East and Northern Africa: The Experiences of Tunisia, Jordan, and Egypt", *4 N.Y.U.J. INT'L L. & P.* 1227, 1245-50 (verano de 2016). Véase también Waleed Shoukry, "Egypt: Overview", en *The African And Middle Eastern Antitrust Review 2015 17, 18* (Glob. Competition Rev. 2014) ("Los últimos tres años han sido un período de cinismo político, violencia sin precedentes y dislocación económica en Egipto. El derecho de la competencia fue una de las herramientas que se utilizaron para atacar a empresarios y agentes del mercado cercanos al palacio presidencial"). Más recientemente, la Autoridad Egipcia de la Competencia ha logrado restablecer su programa de aplicación de la ley y, en general, reanudar su funcionamiento normal. Entrevista con Mona El Garf, *Glob. Competition Rev.* (28 de octubre de 2016), <http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/42073/an-interview-mona-el-garf/> [https://perma.cc/ZR3J-2U5Y].

165 Global Competition Review. "Argentina anuncia nuevo jefe de autoridad", (Feb. 2016), <http://globalcompetitionreview.com/news/article/40525/argentina-announces-new-head-authority/> [https://perma.cc/53PC-HUVE].

166 Basamos esta observación en las conversaciones que Kovacic sostuvo con el personal y la dirección del INDECOPI en Lima, Perú, del 19 al 21 de agosto de 2016.

este año en Singapur, la agencia de competencia de Perú fue galardonada por su programa para disuadir a otros organismos gubernamentales (por ejemplo, legislaturas, otras agencias reguladoras) de adoptar políticas que restrinjan la competencia.¹⁶⁷

B. La línea plana

La segunda variante se asemeja a una línea plana. Algunos sistemas nuevos nunca llegan despegar tras la adopción de la ley y la conformación de la agencia de competencia. Por diversas razones, son incapaces de aplicar sus poderes para hacer cumplir la ley o realizar tareas de abogacía de la competencia.¹⁶⁸ Algunas autoridades no reciben los niveles mínimos de financiamiento. Esto ocurre normalmente en las jurisdicciones que adolecen de una gran pobreza y no cuentan con el apoyo financiero de fuentes externas, como las organizaciones internacionales o los donantes multinacionales, que pueden complementar el presupuesto.¹⁶⁹ En otros sistemas, como el de Paraguay, la ausencia de apoyo político a la ley de competencia ha paralizado su aplicación. Esto puede ser el resultado de la designación de líderes comprometidos con la inactividad o a una negativa a proporcionar el financiamiento necesario.¹⁷⁰ Por ejemplo, en República Dominicana, la agencia de competencia sigue esperando, cinco años después de su creación, el nombramiento de un funcionario que, por ley, debe aprobar el inicio de los procedimientos de aplicación de la ley.¹⁷¹ La agencia de la República Dominicana ha establecido un programa sustancial para formar a su personal y lleva a cabo medidas de promoción como la educación pública; sin embargo, la agencia es incapaz de aplicar los poderes de ejecución que, a primera vista, motivaron la creación del régimen.¹⁷² En otros países, como Tailandia, los tribunales han anulado una característica clave del mecanismo de aplicación, y los dirigentes políticos de la jurisdicción no han adoptado un dispositivo sustitutivo.¹⁷³

Estas agencias, y aquellas que han surgido y decaído en poco tiempo, no han fracasado irremediamente. En algunos casos, las entidades inactivas, han comenzado a construir programas que prometen una progresión ascendente. Por ejemplo, la autoridad de Armenia ha mostrado recientemente señales de que podría superar sus inadecuados niveles de financiamiento y su entorno político desfavorable para avanzar en dirección de la construcción de un programa útil.¹⁷⁴ Del mismo modo, el gobierno de Argentina ha empezado

167 Banco Mundial, "Winners Announced for Global Competition Advocacy Contest" (28 de abril de 2016), <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2016/04/28/winners-announced-for-global-competition-advocacy-contest> (reconocimiento a Perú por «integrar los principios de competencia en las políticas públicas e industriales a través de la promoción).

168 Véase Aydin & Bu'the, nota 1 *supra*

169 Véase, por ejemplo, Cynthia Clement *et al.*, "Competition Policies for Growth: Legal and Regulatory Framework for Sub-Saharan African Countries", *IRIS Center, University of Maryland*, (2001) (en el que se describen los impedimentos de recursos para el desarrollo de la política de competencia en varios países africanos).

170 Véase Julián Peña, "Promover políticas de competencia desde el sector privado en América Latina", en *Competition Law And Policy In Latin America* 469, eds., Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol (2009) (analiza el impacto de la erosión del apoyo político a la ley de competencia y otras reformas orientadas al mercado en América Latina).

171 Entrevista con Michelle Cohen, presidenta de la Comisión de Defensa de la Competencia de la República Dominicana, Ginebra, Suiza (7 de julio de 2015). En septiembre, Cohen fue despedida por la Cámara de Diputados de la República Dominicana. More questions into firing of Dominican competition watchdog chief, *Dominican Today*, (15 de septiembre de 2016), <http://www.dominicantoday.com/dr/local/2016/9/15/60609/More-questions-into-firing-of-Dominican-competition-watchdog-chief> [https://perma. cc/EM3Z-8A4Y]. Los informes de prensa han indicado que Cohen fue despedido en respuesta a las objeciones de la comunidad empresarial al ejercicio por parte de Cohen de las funciones de defensa e información de Pro-Competencia.

172 Entrevista con Michelle Cohen, nota 171 *supra*.

173 R. Ian McEwin, "Designing Competition Law under Financial Crisis: Indonesia and Thailand Compared", *10 Competition Pol'y Int'l*, (primavera de 2014), en 247 (describe los obstáculos a la aplicación de la ley de competencia de Tailandia). El gobierno de Tailandia está considerando propuestas para subsanar esta deficiencia y fortalecer de otra manera los poderes y el estatus de la autoridad de competencia del país. Entrevista con Robert Ian McEwin, Nueva York, Nueva York (28 de octubre de 2016).

174 Conferencia De Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo, *Examen Voluntario Inter Pares De La Competencia Derecho Y Política:*

a implementar arreglos en el diseño institucional de la autoridad para situar el régimen de competencia sobre una mejor base institucional; así como a confiar en mayor medida en la política de competencia para mejorar el crecimiento económico.¹⁷⁵ Por su parte, el Comité Antimonopolio de Ucrania se encuentra en las primeras fases de recuperación tras la crisis política que casi destruye la entidad.¹⁷⁶

¿Qué explicaría que los sistemas inactivos, o las instituciones poco eficaces, tengan la capacidad de obtener los recursos y el apoyo político necesarios para mejorar? En algunos casos, la intervención de las organizaciones internacionales ha ayudado a inspirar reformas recomendando mejoras en el sistema de derecho de la competencia, incluyendo mejoras del mandato legal de la agencia, sus recursos o su estructura. Las revisiones paritarias emitidas por organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo parecen haber ayudado en muchos casos a catalizar cambios necesarios.¹⁷⁷

C. Progresión gradual hacia arriba

La tercera variante es la progresión gradual ascendente. En este escenario la pendiente de progreso puede variar: las pendientes de algunos sistemas son pronunciadas (Brasil, Singapur, Sudáfrica) mientras que las de otros son más graduales (Barbados, Chile, Indonesia, Jamaica, Kenia, México). El vector no suele ser un arco ascendente ininterrumpido porque la entidad se encuentra con aciertos y reveses en el camino. México, por ejemplo, ha logrado importantes mejoras en su marco estatutario y en la implementación de sus programas de aplicación y de promoción. Sin embargo, un reciente cambio en la dirección provocó una pérdida masiva de altos cargos (con la salida de diecisiete de los dieciocho principales directivos de la agencia en 2015).¹⁷⁸ Reponer el equipo directivo llevará tiempo y supondrá un coste en el rendimiento a corto plazo.

En sus primeros años, estos sistemas, cada vez más exitosos, no suelen ser identificados como estrellas emergentes en sus primeros años. Recordemos que los regímenes de competencia de Chile y México no se consideraban candidatos obvios al éxito. Sin embargo, con el tiempo, han mostrado una mejora constante y se han hecho más resistentes gracias a una mejor dotación de recursos, personal, selección de programas y apoyo político.

En sus primeros años, estos sistemas exitosos no suelen ser identificados como grandes promesas. Al respecto vale la pena recordar que los regímenes de competencia de Chile y México no eran considerados potenciales casos de éxito. Sin embargo, con el tiempo, han mostrado una mejora constante y se han hecho más resilientes gracias a una mejora en la dotación de recursos, personal, selección de programas y apoyo político. Un segundo factor es una reforma al régimen de competencia propiciada por un nuevo gobierno comprometido con hacer de la ley de competencia un elemento central de la política económica. Así como

Armenia (agosto de 2010), http://www.unctad.org/en/Docs/ditcclp20101_en.pdf [https://perma.cc/V52Q-YFA7].

175 Entrevista con Esteban Grecco, presidente de la Comisión Nacional de *Competencia* de Argentina, Ciudad de México, México (16 de mayo de 2016); Diario La Gaceta, "Macri relanza la Comisión Nacional de Competencia", (febrero de 2016), <http://www.gacetamercantil.com/notas/95421/> [https://perma.cc/PNM7-89UX].

176 Véase "Antitrust Source", nota 163 *supra* y texto adjunto.

177 En el mejor de los casos, las revisiones inter pares ponen el peso de una comunidad internacional más amplia detrás de las reformas sugeridas y dan a los defensores del cambio una base más sólida para proponer mejoras.

178 Entrevista con Alejandra Palacios, Presidenta, Comisión Federal de Competencia de México, Ciudad de México (16 de mayo de 2016); véase también Entrevista con Alejandra Palacios, Presidenta, COFECE, México, 15 *Antitrust Source* 5 (junio de 2016), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/jun16_palacios_intrvw_6_17f.authcheckdam.pdf ("Como autoridad, hemos experimentado cambios profundos en los últimos dos años").

una modificación al régimen puede afectar negativamente un sistema, el apoyo de un nuevo gobierno puede revivir un mecanismo de competencia decadente.¹⁷⁹

V. FACTORES QUE EXPLICAN EL ÉXITO EN LA IMPLEMENTACIÓN

El estudio de los ciclos de vida de los distintos sistemas de competencia implica la observación de los factores que tienden a mejorar las perspectivas de éxito en la aplicación.

A. *Financiamiento*

Los organismos bien financiados suelen superar a los regímenes con pocos recursos.¹⁸⁰ Del mismo modo una condición que coincide en muchos de los sistemas menos exitosos es la escasez de recursos procedentes de fuentes internas y la incapacidad de conseguir donantes externos para llenar el vacío.¹⁸¹ Algunas instituciones gozan de un sólido apoyo financiero desde sus primeros días, pero un presupuesto elevado desde el principio no es en absoluto un requisito previo para el éxito. Singapur y Sudáfrica son dos ejemplos de agencias que han experimentado mejoras graduales y constantes en su implementación desde el principio.¹⁸² En otras jurisdicciones, como Colombia y México, el ascenso gradual del sistema de competencia se ha beneficiado de aumentos periódicos sustanciales en los desembolsos que mejoraron la capacidad de la agencia de competencia y apoyaron la realización de programas más ambiciosos de aplicación de la ley y de promoción.¹⁸³ Las agencias que demuestran su capacidad para gestionar y aplicar una asignación menor de recursos se sitúan en una posición más fuerte para buscar mayores desembolsos en el futuro.

B. *Capital humano*

La financiación, a su vez, influye profundamente en una segunda condición vital: la capacidad de atraer y retener a los mejores talentos y de invertir recursos en consultores externos.¹⁸⁴ La capacidad de un organismo para establecer programas eficaces de aplicación de la ley depende en gran medida de su

179 Esta condición describe los esfuerzos actuales del nuevo liderazgo político para reforzar el sistema de competencia de Argentina. Véase Entrevista con Esteban Manuel Greco, Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Argentina, 15 *Antitrust Source* 5 (junio de 2016), <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/08/CPI-Talks-Greco-Interview.pdf> ("Argentina tiene un nuevo enfoque de la política de competencia y esto implica en primer lugar una intención de activar la aplicación de la ley de competencia y la política de competencia").

180 "Agency Effectiveness Study", 4J. *ANTITRUST ENFT* 2 (de próxima publicación en 2016) (en el que se analiza la importancia de una financiación adecuada para la eficacia de las agencias de competencia). Los recursos sustanciales no garantizan la eficacia. Véase Aydin y Bu'the, nota 1 *supra*. Los organismos públicos y privados, por igual, a veces aplican mal los generosos desembolsos. Conocemos un organismo más reciente que dedica un tercio de su presupuesto al parque móvil; a los altos funcionarios se les asigna un automóvil y un chofer. Sin embargo, la escasez de fondos coloca al organismo en una situación de grave desventaja.

181 Global Competition Review, *Latin American enforcers bemoan administrative hurdles*, (mayo de 2016).

182 Sudáfrica ofrece un buen ejemplo de cómo el Gobierno subrayó su apoyo al nuevo sistema de competencia con el presupuesto. La primera sede de la nueva Comisión de Competencia de Sudáfrica y del Tribunal en el que lleva sus casos fue un elegante parque de oficinas cerca de Pretoria. El recinto se asemejaba a los alojamientos que cabría esperar de un próspero bufete de abogados o de una empresa comercial. Desde entonces, las instituciones se han trasladado a instalaciones en Johannesburgo, pero siempre de una manera que refleja la estatura e importancia de los organismos de competencia.

183 Entrevista con Alejandra Palacios, presidenta de la Comisión Mexicana de Competencia, Ciudad de México, México (16 de mayo de 2016).

184 Esta es una consideración crucial en los actuales esfuerzos de Ucrania por revitalizar su sistema de competencia, que se formó a principios de los años 90. El Comité Antimonopolio de Ucrania paga a su personal profesional unos 200 dólares al mes. Sin un aumento del presupuesto y flexibilidad para aumentar los salarios, la agencia de la competencia de Ucrania tendrá dificultades para contratar y retener a los profesionales cualificados. Entrevista con Yuri Yevgenev, Presidente del Comité Antimonopolio de Ucrania, Kiev, Ucrania (22 de julio de 2016).

capital humano.¹⁸⁵ A medida que aumenta el talento de la agencia, ésta puede emprender programas más ambiciosos. El nivel de competencias debe ser primordial a la hora de elegir los asuntos relacionados con la aplicación de la ley y los que no lo son.

C. Adecuación de los compromisos a las capacidades

Los sistemas de competencia más eficaces se esfuerzan por adecuar los compromisos que adopta a las capacidades de ejecución. Una autoridad con escasos recursos debe esforzarse por seleccionar programas que tenga posibilidades de llevar a cabo con éxito. Esto requiere una fuerte disciplina en la selección de programas para evitar comprometerse con asuntos que la agencia no pueda ejecutar satisfactoriamente.¹⁸⁶ Una trampa común a la que se enfrenta una agencia en los primeros años es la tendencia a iniciar un gran número de asuntos muy ambiciosos que superan la capacidad del personal y que corren graves riesgos de fracasar ante los tribunales.¹⁸⁷

Esto apunta a un dilema básico al que se enfrentan los líderes de las agencias en las primeras décadas de funcionamiento: A la hora de dedicar recursos, ¿cuál es el equilibrio adecuado entre el “consumo” para iniciar nuevos casos e iniciativas de aplicación de la ley y las “inversiones” en infraestructura administrativa, procedimientos, conocimientos y otras formas de capacidad que sitúan a la agencia en una posición de éxito a largo plazo?¹⁸⁸ Hay un mínimo necesario de *enforcement* requerido para que la agencia se gane la credibilidad de los directivos de las empresas, desarrolle la capacidad de su personal y alcance la legitimidad a los ojos de los funcionarios de elección popular y del público en general.¹⁸⁹ Por lo tanto, una nueva agencia puede verse obligada a operar a un ritmo que, en cierta medida, excede su capacidad para completar todos sus proyectos con éxito. Pero si la brecha entre las primeras promesas y la entrega real es demasiado grande, muchos proyectos se derrumbarán de tal manera que desmoralizarán al personal de la agencia y crearán una reputación de ineptitud.

El relanzamiento del sistema de competencia de Pakistán en la última década ilustra los peligros de crear un gran desfase entre los compromisos de un programa y las capacidades de su autoridad. La primera generación de dirigentes de la agencia reformada emprendió un programa de desafíos de alto nivel en los principales sectores de la economía.¹⁹⁰ Al principio, estas medidas se consideraron una prueba de la nueva vitalidad y valentía de la agencia, que sustituía la timidez del sistema anterior por actos audaces. Al cabo

185 Cf. D. Daniel Sokol, “The Development of Human Capital in Latin American Competition Policy”, en *Competition Law and Policy in Latin America 13*, eds., Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol, (2009) (detallando las dificultades asociadas con la construcción de esta dimensión crucial de la capacidad en las economías en transición).

186 Hyman y Kovacic, “Consume or invest”, *supra* nota 58, en 318-21 (establece medidas para garantizar que la agencia tenga capacidad para emprender iniciativas con éxito).

187 Véanse el texto adjunto (donde se analiza el caso del Comité de Competencia de Pakistán). Este problema no se limita a los sistemas de competencia más recientes. La Comisión Federal de Comercio de EE.UU. se sometió a una importante remodelación en la década de 1970 en respuesta a las críticas de que la agencia se había centrado abrumadoramente en asuntos triviales y había evitado ocuparse de las conductas que suponían un grave perjuicio para los consumidores. Al tratar de reforzar su programa en los años 70, la agencia inició una extraordinaria serie de asuntos de competencia y protección de los consumidores que superó con creces su capital humano. Muchos de los ambiciosos asuntos de la FTC iniciados en este periodo se vinieron abajo como consecuencia. La experiencia de la FTC en los años 70 se examina en Hyman y Kovacic, “Consume or invest”, *supra*.

188 *Id.* 322-24.

189 Véase Kovacic, “Respected Brand”, *supra*.

190 Khalid Mirza, Presentación, *Mesa redonda sobre los fundamentos de una agencia de competencia eficaz* (19-21 de julio de 2011). www.unctad.org/sections/wcmu/docs/IGC%202011_RT_Agency%20effectiveness_written%20contribution_%20Khalid%20Mirza.pdf.

de unos años, fue evidente que la ECC carecía de la capacidad necesaria para gestionar un gran número de proyectos de forma competente, sobre todo ante la fuerte resistencia de las empresas afectadas, que arrastraron a la agencia a litigios prolongados e indeterminados.¹⁹¹

D. Aprendizaje

El aprendizaje es uno de los procesos más importantes mediante el cual las autoridades se adaptan para hacer frente con eficacia a los mandatos que se les ha encomendado. A medida que acumulan experiencia las agencias pueden razonablemente tratar de llevar a cabo un mayor número de investigaciones, o emprender asuntos individuales más retadores. Nuestra percepción es que las agencias más eficaces aprenden de dos maneras: a través de su propia experiencia y a través de la de otros regímenes de derecho de la competencia, ya sea directamente de los de autoridades individuales o indirectamente a través del trabajo de organismos internacionales como la Red Internacional de Competencia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.¹⁹² Para aprender de su propia experiencia, la agencia debe diseñar un proceso para evaluar sus proyectos terminados y sus procesos, e incorporar lo aprendido a su trabajo futuro.¹⁹³ Para que una sola entidad aprenda de la experiencia de otras, es necesario que estas últimas compartan lo que saben, tanto lo bueno como lo malo.¹⁹⁴

E. Apoyo político

Es extraordinariamente difícil aplicar un programa de política de competencia en una jurisdicción hostil o indiferente a los objetivos de la ley. Todavía es más difícil construir un programa en medio de una crisis política. Un apoyo débil o episodios de grave inestabilidad política alargan inevitablemente el período de aplicación efectiva de la ley de competencia. Por el contrario, un fuerte respaldo político (que la propia agencia puede ayudar a construir)¹⁹⁵ permite a la institución superar muchos de los obstáculos mencionados anteriormente y le da pie para centrarse en la defensa de su trabajo a través de su rendimiento.

F. Instituciones de apoyo

La aplicación de la ley de competencia depende en gran medida de la calidad de las instituciones que de apoyo, lo que Allan Fels denomina “coproductores”.¹⁹⁶ Una de esas instituciones cruciales para una agencia

191 Véase Fernando Furlan y William E. Kovacic, UNCTAD, *Peer Review of the Competition System of Pakistan*, 11-13 (2013), disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2013d4_overview_en.pdf (examina la experiencia moderna del sistema de competencia de Pakistán).

192 Véanse las notas 34-37, 65-69 y el texto que las acompaña. Véase también Hollman & Kovacic, nota 13 supra (donde se analiza el papel de las redes multinacionales en la recopilación y transmisión de conocimientos técnicos).

193 Véanse las notas 65-69 y el texto que las acompaña (donde se discute la importancia de las evaluaciones para aumentar el desempeño de las agencias).

194 Una agencia debe estar dispuesta a suprimir el instinto de salvar la cara ocultando sus fracasos o atribuyendo todos los buenos resultados únicamente a su habilidad (en lugar de, por ejemplo, a la pura suerte). Puede ser más fácil hacerlo en un entorno -por ejemplo, una pequeña reunión a puerta cerrada de altos funcionarios de la agencia de competencia- en el que los altos directivos estén dispuestos a hablar con más libertad. Desde principios de esta década, uno de nosotros (Kovacic) ha participado en un seminario organizado por la Facultad de Derecho de Fordham en el que entre 15 y 20 altos funcionarios de la competencia debaten sobre temas delicados (por ejemplo, cómo hacer frente a la presión política ejercida por los cargos electos) que sería incómodo abordar ante un público numeroso. Este formato facilita un debate más abierto e informativo y tiene un gran potencial para acelerar el aprendizaje entre agencias.

195 Véase Aydin y Burthe, nota 1 supra, en 18-19.

196 Agradecemos a Allan Fels que nos haya hecho llegar este concepto.

de competencia son los tribunales de un país. Un sistema judicial que funcione bien confiere una gran ventaja en el desarrollo del régimen de competencia. Por el contrario, un país con jueces débiles o, peor aún, corruptas, se enfrenta a un largo proceso de remodelación de su sistema de cortes o de establecimiento de nuevos tribunales dedicados a la ley de competencia.¹⁹⁷

En última instancia, un sistema de competencia tampoco puede prosperar sin el apoyo de las instituciones académicas que imparten cursos y realizan investigaciones en materia de derecho de la competencia y economía de la organización industrial.¹⁹⁸ La velocidad con la que una jurisdicción desarrolle una infraestructura intelectual sólida afectará al ritmo y la calidad de la aplicación efectiva de su régimen.

G. Cooperación internacional

Las relaciones con otras jurisdicciones pueden ayudar a las agencias a superar las limitaciones de recursos, acelerar el aprendizaje y conseguir apoyo político.¹⁹⁹ Este objetivo puede lograrse a través de programas bilaterales de asistencia técnica, de la cooperación entre organismos o de la participación en alianzas regionales internacionales o en redes internacionales más amplias.²⁰⁰ En un grado cada vez mayor, estos mecanismos permiten a las agencias obtener información muy valiosa sobre el fondo y el proceso del derecho de la competencia. Además, los intercambios regulares con sus homólogos de otros países permiten a los directores aprender a tratar cuestiones delicadas relacionadas con la presión política y las relaciones con otros órganos públicos.

H. Evaluación periódica y actualizaciones

Los esfuerzos de implementación más exitosos han tenido lugar en jurisdicciones que realizan evaluaciones periódicas del sistema de competencia.²⁰¹ El ciclo virtuoso que se observa en los mejores sistemas consiste en un proceso de tres etapas de experimentación, evaluación y perfeccionamiento.²⁰² Muchos de estos estados, como Brasil, México y Taiwán, han incluso recurrido a sus legisladores nacionales para obtener importantes actualizaciones del régimen.²⁰³

VI. CONCLUSIÓN:

En su influyente estudio sobre la crisis de los misiles en Cuba, Graham Allison lamentaba los límites de nuestra comprensión sobre hasta qué punto los diseños institucionales (lo que él llamaba “burocracia”) contribuían al

197 Véase Kovacic, “Institutional Foundations”, nota 1 *supra*, en 306-07.

198 Véanse las notas 121-23 y el texto que las acompaña.

199 Véase Thomas J. Doleys, “Promoting Competition Policy Abroad: European Union Efforts in the Developing World”, 57 *Antitrust Bull.* 337 (2012) (donde se analiza la influencia de la Unión Europea y sus Estados miembros en el desarrollo de los sistemas de competencia en los mercados emergentes).

200 *Id.*

201 Véanse las notas 34-37, 65-69 y el texto que las acompaña.

202 Véanse las notas 34-37 y el texto que las acompaña.

203 Véanse las notas 65-69 y el texto que las acompaña.

fracaso de los gobiernos en la consecución de buenos resultados políticos.²⁰⁴ Para salvar la brecha entre las expectativas y los resultados reales, Allison pidió que los estudiantes de administración pública reorientaran sus esfuerzos: “Si los analistas y los operadores quieren aumentar su capacidad para lograr los resultados políticos deseados, ... tendremos que encontrar la manera de pensar más intensamente en el problema de la ‘implementación’, es decir, el camino entre la solución preferida y el desempeño real del gobierno”.²⁰⁵

El reto que Allison planteó hace cuarenta y cinco años se aplica con fuerza a la expansión moderna del derecho de la competencia. El diseño y la aplicación con éxito de la reforma de la ley de competencia son tareas difíciles en cualquier sistema jurídico. Pero es justo señalar que son intrínsecamente más difíciles en las economías en desarrollo y en transición, docenas de las cuales han adoptado leyes de competencia en los últimos veinticinco años.

Por lo general, el camino hacia el éxito de los nuevos sistemas de competencia ha sido un proceso de mejora gradual. Las mejores experiencias han tenido lugar en las jurisdicciones que han aumentado gradualmente el ritmo y la dificultad de la aplicación. La necesidad de un enfoque deliberado y gradual es más aguda en los países con condiciones iniciales desfavorables: organismos mal financiados, poco apoyo político y escaso capital humano.

Nuestro análisis de los programas de implementación hasta la fecha sugiere el valor de un mayor énfasis en la creación de instituciones como una dimensión de las reformas de la ley de competencia. También pide paciencia a la hora de establecer expectativas sobre lo que la mayoría de los regímenes pueden lograr.

Los futuros desarrollos del derecho de la competencia en los nuevos sistemas requiere una mezcla de realismo y ambición. Las agencias de competencia y sus benefactores externos deben abordar el establecimiento un nuevo régimen con expectativas realistas sobre lo que se requiere para construir un sistema eficaz teniendo en cuenta los logros que las jurisdicciones comparables han alcanzado a la fecha. El realismo es un antídoto contra la decepción y la frustración que pueden surgir cuando no se obtienen buenos resultados en los primeros años de aplicación de una ley. Desarrollar un nuevo sistema de competencia es una prueba de resistencia, no un sprint de 100 metros.

El realismo debe ir acompañado de la ambición de seguir adelante y lograr la mejora gradual de la calidad institucional y de los métodos operativos que alimenten los cimientos para los buenos resultados de las políticas. La apreciación clarividente de las dificultades en la implementación no justifica la rendición. Una apreciación clara de los grandes retos de la implementación no justifica la rendición. Como han demostrado varias de las nuevas autoridades de competencia, el compromiso permanente con un ciclo virtuoso de experimentación, evaluación y mejora puede dar lugar a graduales optimizaciones constantes que lleven a la construcción de instituciones superiores, la base de un rendimiento político superior.

204 Graham T. Allison, *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis* 266 (Little Brown & Co. 1971). Sobre el gran impacto del estudio de Allison en el análisis de la toma de decisiones burocráticas, véase Barton J. Bernstein, “Book Review”, *Foreign Pol’y*, (Spring 1999), en 121.

205 Allison, nota 204 *supra*, en 267-68.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

William E. Kovacic y Marianela López-Galdos, "Ciclos de vida de los regímenes de competencia: Explicando la variación en la implementación de nuevos sistemas", *Investigaciones CeCo* (marzo, 2023),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile