

COMPETENCIA EN LOS ORGANISMOS MULTILATERALES DE DESARROLLO: UNA PERSPECTIVA HOLÍSTICA*

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA

Directora Ejecutiva Alternativa de España en el Grupo Banco Mundial

Marianela LÓPEZ GALDÓS

Investigadora Principal del Centro de Competencia de la Universidad George Washington
y consultora legal del Grupo Banco Interamericano para el Desarrollo

1. INTRODUCCIÓN

2015 marcará un hito para la Comunidad Internacional¹ dedicada a luchar por el desarrollo económico de los países, con dos grandes eventos que guiarán las agendas para los próximos quince años de todas las organizaciones e instituciones involucradas en la materia. Tras el éxito de los Objetivos del Milenio adoptados en el año 2000 por Naciones Unidas con el apoyo de los gobiernos, las organizaciones internacionales y los grupos de la sociedad civil de todo el mundo para reducir la pobreza extrema a la mitad en 2015², se ha alcanzado un acuerdo en el seno de Naciones Unidas coincidiendo con la celebración de su 70 aniversario, para adoptar un nuevo

* El análisis y opiniones incluidos en este artículo no representan la posición oficial de ninguna de las instituciones ni de los organismos pertenecientes a los Grupos Corporativos para los que las autoras trabajan. Los eventuales errores y opiniones que en el artículo puedan existir son responsabilidad única de las autoras.

¹ Entendemos como Comunidad Internacional en este contexto a los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas del pasado 25-27 de septiembre junto a los máximos representantes de los seis grandes Bancos Internacionales de Desarrollo (Banco Mundial, Banco Africano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Interamericano para el Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y Banco Europeo de Inversiones) y el Fondo Monetario Internacional.

² Los Objetivos de Desarrollo del Milenio han ayudado a que más de mil millones de personas escapen de la pobreza extrema, a combatir el hambre, a facilitar que más niñas que nunca asistan a la escuela y a proteger nuestro planeta. Concretamente, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad, cayendo de 1.900 millones en 1990 a 836 millones en 2015. La mayor parte del progreso ha ocurrido desde el año 2000. A pesar de los logros, sigue quedando un largo camino que recorrer, con una concentración alta de la pobreza extrema en determinados, grandes desigualdades entre zonas rurales y urbanas y un progreso aún muy limitado en algunos objetivos como el de la mejora de la salud materna.

conjunto de objetivos, los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenibles³ (Sustainable Development Goals o SDG por sus siglas en inglés). Se trata de una agenda muy ambiciosa con 17 objetivos y 169 metas de carácter universal, que engloban las prioridades en materia económica, social y medioambiental para el desarrollo de los países. Un elemento especialmente novedoso de esta nueva estrategia para el desarrollo sostenible es el papel tan relevante que se le otorga al sector privado y más concretamente a la contribución que este puede hacer al desarrollo tanto en términos de movilización de recursos para el desarrollo como de impacto en las propias economías de los países menos avanzados.

Esta nueva agenda surge en un contexto de gran preocupación por la existencia aún de millones de ciudadanos en condiciones de pobreza extrema, y creciente desigualdad tanto entre países como dentro de cada país. Es por ello, que la Comunidad Internacional ha llamado al esfuerzo colectivo de todos los agentes e instituciones para perseguir conjuntamente el desarrollo global a través de una cooperación mutuamente beneficiosa para todos⁴.

Ante estos nuevos desafíos para el desarrollo, que ponen particular énfasis en el desarrollo del sector privado, la política de competencia y sus principios cobran un papel fundamental. En este sentido, existe claro consenso sobre el papel de la política de competencia en las economías desarrolladas como un instrumento eficaz para lograr un funcionamiento competitivo de los mercados y asegurar a los consumidores bienes y servicios de calidad a precios competitivos⁵.

La evidencia empírica existente en economías más desarrolladas demuestra que la implementación de una política de competencia eficaz resulta esencial para facilitar la apertura de los mercados, garantizar el correcto funcionamiento de los mismos, y mejorar el bienestar de los consumidores. Por ejemplo, en Australia se estima que durante la década de 1990, las reformas de la política de competencia impulsaron el producto interior bruto en al menos un 2,5 por 100, debido a su efecto sobre la productividad y la reducción de los precios⁶. Del mismo modo, se estima que en el Reino

³ Los nuevos Objetivos y sus metas serán efectivos a partir de enero de 2016 y guiarán la agenda del desarrollo de los próximos quince años (la Agenda 2030).

⁴ Todos los jefes de Estado, gobernadores e Instituciones reunidas en el seno de Naciones Unidas se han comprometido a trabajar en la implementación de esta agenda en sus respectivos países y a nivel global y regional, teniendo en cuenta las distintas realidades nacionales, capacidades y niveles de desarrollo y respetando las políticas y prioridades nacionales en cada caso.

⁵ Existe abundante evidencia económica sobre el mayor crecimiento de la productividad en aquellas industrias que gozan de mayores niveles de competencia. Los estudios empíricos han alcanzado esta conclusión desde muchas perspectivas, tanto sectorialmente como por empresa, y la relación causal no se limita únicamente al mundo desarrollado sino también, como es lógico, a los países en desarrollo. Por el contrario, la existencia de barreras regulatorias ineficientes y la ausencia de una adecuada política de competencia que perpetúe estructuras de mercado ineficientes y desincentive la entrada del sector privado suponen un obstáculo adicional para los países en desarrollo, pues limitan los recursos disponibles y alargan el camino hacia la consecución de los objetivos de erradicación de pobreza y, muy especialmente, de igualdad y prosperidad compartida.

⁶ Véase el informe Himler disponible en el siguiente vínculo <http://nccp.ncc.gov.au/docs/Himler-001.pdf>.

Unido el ahorro para los consumidores directos resultantes de la aplicación del Derecho de competencia se eleva aproximadamente a 112 millones de dólares al año⁷.

Pero si la política de competencia como herramienta para el crecimiento económico resulta fundamental en las economías de países desarrollados, lo es aún más en el caso de países en desarrollo en los que la participación del sector privado suele ser menor y a menudo se encuentra con fuertes desincentivos a su entrada y desarrollo en estos mercados. Sin embargo, se da la paradoja de que es precisamente en estas economías con menos recursos y mayores retos donde deviene imprescindible un sector privado fuerte y solvente para lograr el tan necesario desarrollo económico de estos países. La movilización de recursos privados supone más empleo, más innovación, más oportunidades y, en definitiva, una fuente de financiación al desarrollo que se materializa en infraestructuras, tejido empresarial y mayor productividad industrial.

Al mismo tiempo, en un contexto de recursos financieros escasos, el uso eficiente de los mismos se ha convertido en un elemento muy relevante. Si bien el discurso principal en este sentido se ha centrado en la lucha contra los flujos ilícitos de capital, no cabe duda de que la pérdida de recursos domésticos en forma de precios no competitivos en bienes y servicios básicos formará también parte de diálogo con los gobiernos sobre la agenda de desarrollo. Bajo este escenario, los principios clásicos de las políticas de competencia y la creación y refuerzo de los sistemas de competencia, deberían eruirse como pilares fundamentales de la nueva agenda de desarrollo en materia de atracción del sector privado en los países menos avanzados.

Incluso durante la presidencia australiana del G-20 en 2014 ya incorporó como una de sus cuatro prioridades la política de competencia⁸. Y es que, en definitiva, la Comunidad Internacional es más consciente que nunca de la contribución que el sector privado puede hacer a las economías en desarrollo. Es por ello que los entornos facilitadores («*enabling environments*») de la atracción de recursos privados pasan a un primer plano como área prioritaria de los gobiernos y de las numerosas instituciones financieras multilaterales que luchan contra la pobreza extrema y la desigualdad en los países en desarrollo, en un intento de asegurar la contribución de la financiación privada a la consecución de estos fines.

Los Organismos Multilaterales de Desarrollo (en adelante, las Multilaterales o MDBs por sus siglas en inglés), como parte de la Comunidad Internacional, no son ajenos a la importancia que la competencia cobra en

⁷ UK Office of Fair Trading, Paper 1251, «Positive Impact 09/10: Consumer Benefits from Competition Enforcement, Merger Control and Scam Busting», London, 2010.

⁸ La Presidencia Australiana del G-20 durante el año 2014 marcó entre sus objetivos lograr un crecimiento más robusto y sostenible. En su estrategia para relanzar el crecimiento, se acordaron una serie de prioridades en materia de reformas macroeconómicas y estructurales. Es en estas últimas en las que se destaca, entre otros, el papel de la política de competencia para lograr cerrar los output gaps y contribuir a reequilibrar el crecimiento, http://www.g20australia.org/sites/default/files/g20_resources/library/Policy%20Note%20Strategies%20for%20Economic%20Growth.pdf.

el nuevo contexto del desarrollo. Así, actuaciones encaminadas al análisis regulatorio y diseño de políticas e instituciones (*policy*) constituyen el elemento fundamental en materia de competencia en estas instituciones, como se verá más adelante. Sin embargo, existen al menos dos elementos adicionales que deben complementar el anterior: el intercambio de conocimiento y mejores prácticas a nivel global entre países desarrollados y en desarrollo (actividades de *knowledge sharing*) y la detección, investigación y sanción de prácticas anticompetitivas relacionadas con la implementación de los propios proyectos de estas instituciones como parte de sus obligaciones fiduciarias para asegurar un uso eficiente de los recursos de estos organismos (que forman parte del conjunto actividades de *integrity*).

En relación a las actividades para promocionar los beneficios de la competencia y favorecer el intercambio de mejores prácticas en esta materia, los organismos multilaterales están presentes en numerosos foros internacionales (como es el caso del Banco Mundial en la ICN y la OECD) y llevan a cabo iniciativas conjuntas para promover el intercambio de conocimiento en un mundo cada vez más globalizado⁹.

En lo que respecta a las actividades de lucha contra conductas anticompetitivas, existen unidades específicas dentro de los organismos multilaterales dedicadas a la supervisión, detección, investigación y sanción de conductas anticompetitivas en el desempeño de sus funciones. Los esfuerzos de estas unidades, habitualmente conocidas como Unidades o Departamentos de Integridad, se concentran en la detección de casos de corrupción en sentido amplio, incluyendo casos de colusión en la ejecución de sus proyectos, abarcando desde la licitación de los mismos hasta su implementación completa. No solo existe un marco sancionador en cada una de estas instituciones para velar por el uso eficiente de sus recursos en los proyectos y operaciones financiadas, sino que existe además un marco uniforme adoptado de común acuerdo para el intercambio de información y el reconocimiento mutuo de las decisiones e inhabilitaciones, incrementando exponencialmente con ello el elemento disuasorio de este instrumento, como se verá posteriormente.

Con ánimo de profundizar en las ideas señaladas a modo de introducción, este artículo repasa el papel que desempeñan los organismos multilaterales de desarrollo en la consecución de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo desde la perspectiva de las políticas de competencia. Dicho análisis se realiza desde una triple vertiente, resaltando las oportunidades existentes para la Comunidad Internacional y la Comunidad de Competencia en este ámbito. Por una parte, el análisis incluye una revisión de los instrumentos financieros con los que cuentan los MDBs, y cómo a través de los mismos se contribuye al fortalecimiento de los sistemas de competencia en países

⁹ El Banco Mundial organizó conjuntamente con la ICN en 2014 el «Competition Advocacy Contest», premiando iniciativas encaminadas a promover la competencia en países como Chile, Colombia, Egipto y Pakistán. Asimismo, en junio de 2015 se celebró la conferencia «*Promoting Effective Competition Policies for Shared Prosperity and Inclusive Growth*» en la sede del Banco Mundial en colaboración con la OCDE para profundizar en los vínculos entre competencia, crecimiento y prosperidad compartida.

en desarrollo. Además, el estudio incluye una sección sobre los sistemas de sanciones de estos MDBs haciendo hincapié en su lucha contra la colusión en los proyectos financiados por los mismos. Finalmente, el artículo incluye una sección sobre el papel que juegan los MDBs como fuente de información, intercambio de conocimiento y mejores prácticas que puede ser mutuamente beneficiosa para todos los agentes involucrados en el diseño y aplicación de la política de competencia a nivel global.

2. LOS ORGANISMOS MULTILATERALES Y EL FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE COMPETENCIA

A. AGENDA 2030 Y ESTRATEGIA DE LOS MDBS

Las Multilaterales centran su estrategia en la erradicación de la pobreza, aportando financiación propia y movilizándolo recursos de otras agencias de cooperación y donantes para la consecución de este fin en sus respectivas áreas (globales o regionales) de operación.

Para llevar a cabo su misión, los MDBs cuentan con numerosos instrumentos que ofrecen la flexibilidad suficiente para poder adaptarse a las necesidades de los países en vías de desarrollo. La política de competencia, en las distintas vertientes descritas (*policy, knowledge sharing and integrity*), ha venido aplicándose por los MDBs desde hace mucho tiempo, pero existe una creciente importancia de actuaciones en esta materia reforzada por la nueva Agenda 2030.

Para poder comprender en mayor profundidad la dinámica entre los MDBs y los países en desarrollo desde un punto de vista de competencia, es necesario primero contextualizar dicha interacción en la agenda de desarrollo de estas Multilaterales, la llamada Agenda 2030.

En anticipación a la aprobación de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo, en las Asambleas de Primavera del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial celebradas el pasado 17-19 de abril de 2015¹⁰, se hizo especial hincapié en la necesidad de pasar de «billones» a «trillones» en financiación, debiendo, para ello, movilizar recursos nacionales (tanto públicos como privados) favoreciendo la colaboración y coordinación entre las distintas instituciones y agencias de cooperación. Este mismo mensaje caló en la III Conferencia sobre Financiación al Desarrollo celebrada en Addis Ababa en julio de 2015¹¹. En el contexto actual, y tras una severa

¹⁰ Durante estas Asambleas de Primavera, el Comité de Desarrollo que reúne a los gobernadores de los países miembros del Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, debatió sobre la importancia de reforzar la cooperación entre todas las Instituciones Financieras Internacionales en un año crítico para el desarrollo por el conjunto de reuniones de alto nivel que se celebraron en 2015 para fijar la nueva agenda de desarrollo de los próximos quince años.

¹¹ Tras la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiación para el Desarrollo, se adoptó el 16 de julio la Agenda de Addis Abeba, que ofrece un nuevo marco global conseguir los fondos que

recesión en el mundo desarrollado, la Ayuda Oficial al Desarrollo deviene insuficiente como único instrumento de lucha contra la pobreza, debiendo movilizar nuevos recursos públicos y, muy especialmente, privados¹², y aportando soluciones innovadoras para la financiación del desarrollo.

A lo largo del tiempo, la estrategia e instrumentos de los MDBs han ido evolucionando hacia metas más concretas. Así, el Banco Mundial adoptó en 2013 los llamados «*twin goals*», que señala los dos objetivos que deben perseguir todas las actuaciones que lleve a cabo la institución: i) erradicar la pobreza extrema en 2030, entendiendo por pobreza extrema la sociedad que vive con menos de 1,25 dólares diarios, y ii) lograr una prosperidad compartida a través de un mayor crecimiento de la renta del 40 por 100 más pobre de la sociedad en cada país en el que opera¹³.

A nivel regional, los MDBs adoptan sus estrategias institucionales, con el consenso de los accionistas, con el fin de destinar sus esfuerzos a satisfacer las necesidades concretas de cada región. De este modo, por ejemplo, la estrategia institucional actualizada del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID) tiene como hoja de ruta tres principales desafíos que debe afrontar la región de América Latina y el Caribe, a saber: i) la exclusión social y la desigualdad; ii) los bajos niveles de productividad e innovación, y iii) la integración económica rezagada¹⁴.

Así, cabe esperar que las Multilaterales pasen a desempeñar un papel cada vez más relevante como catalizadores de la inversión privada desde distintos frentes. Por una parte, reforzando las actividades propias de la rama privada de estas instituciones mediante aportaciones de financiación o de capital para el desarrollo del sector privado y la movilización de recursos. Se estima que por cada dólar invertido por las Multilaterales en operaciones en el sector privado se movilizan entre dos y cinco dólares adicionales en inversión privada, lo que añade entre 40.000 y 100.000 millones de dólares adicionales de financiación para el desarrollo¹⁵. Por otra parte, las Multilaterales deben trabajar con los gobiernos de los países clientes en la creación de un entorno favorable para la atracción del sector privado y un funcionamiento competitivo de los mercados que favorezca la entrada de operadores eficientes.

Es en esta segunda vertiente de la actuación reforzada de las Multilaterales, en la que cobran especial relevancia las actuaciones en materia de

impulsen el desarrollo sostenible. Concretamente, provee incentivos para la inversión en áreas de necesidad global y alinea las prioridades económicas, sociales y ambientales con los flujos de financiación y las políticas en esa materia, traspasando las aspiraciones a un plano más práctico para lograr los objetivos en materia de desarrollo.

¹² En efecto, los 17 Objetivos Sostenibles de Desarrollo hacen numerosas referencias al papel que juega el sector privado en la nueva agenda de desarrollo, pudiendo destacarse su contribución en materia de empleo y financiación (dentro del objetivo núm. 8), igualdad y regulación eficiente (dentro del objetivo núm. 10) o consumo sostenible (dentro del objetivo núm. 12), entre otros.

¹³ <http://www.worldbank.org/en/about/what-we-do>.

¹⁴ <http://www.iadb.org/en/about-us/strategies,6185.html>.

¹⁵ [http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002\(E\)FinancingforDevelopment.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002(E)FinancingforDevelopment.pdf).

policy, para remover barreras a la entrada de nuevos operadores privados y asegurar unas condiciones competitivas en el funcionamiento de los mercados (el conocido *level playing field*).

Los MDBs están presentes en los mercados a través de una variedad de instrumentos más sofisticados y adaptados a las necesidades de sus clientes, los países en desarrollo. Y como se verá a continuación, tanto desde el sector público, mediante la prestación de asistencia financiera y técnica a países, así como desde el sector privado, participando en la financiación de proyectos con actores privados, la competencia forma parte del conjunto de elementos a los que se destinan estos instrumentos para dar cumplimiento a los respectivos mandatos en materia de desarrollo.

B. ASISTENCIA FINANCIERA Y TÉCNICA DE LAS MULTILATERALES

a) *Competencia en el sector público*

En lo que respecta a los esfuerzos en materia de competencia desde el sector público, la relación entre los MDBs y los países en desarrollo es transversal al resto de políticas y operaciones que llevan a cabo estas instituciones. Es decir, deben dar soporte y complementar otras actuaciones en los países en desarrollo, favoreciendo el diseño e implementación de reformas sectoriales, identificando obstáculos al funcionamiento competitivo de los países y contribuyendo a la creación del propio marco legislativo e institucional en materia de defensa de la competencia en los países clientes.

En el caso de la asistencia financiera, se diseñan préstamos en mejores condiciones que las de mercado (menor interés y plazos más largos), donaciones y avales a los países en desarrollo. En el caso de las asistencias técnicas, estas instituciones apoyan a los países en desarrollo a través de asesoramiento sobre políticas, investigaciones y/o análisis. Igualmente se suelen patrocinar conferencias y foros sobre temas de desarrollo económico, a menudo en colaboración con socios, para favorecer los intercambios de experiencias y mejores prácticas en los distintos ámbitos relacionados con el desarrollo económico.

Por otra parte, los MDBs suelen actuar también como administradores de iniciativas y/o fondos fiduciarios de donantes bilaterales y multilaterales, ya sea a petición de los gobiernos donantes o de grupos internacionales integrados por países, con prioridades sectoriales, regionales o temáticas definidas por los donantes de los fondos pero siempre en línea con la misión que llevan a cabo estas instituciones para contribuir con estos fondos a la consecución de los mismos objetivos.

Las operaciones en el ámbito de competencia pueden abarcar un abanico amplio de opciones: desde la promoción y apoyo en la implementación de normativas pro-competitivas, pasando por la identificación y eliminación de barreras a la competencia en los mercados, revisando regulaciones

ineficientes y analizando el margen para llevar a cabo privatizaciones. En otros casos, las operaciones en materia de competencia pueden estar directamente relacionadas con el diseño de la normativa nacional de competencia y/o el diseño institucional para la aplicación efectiva de la normativa *antitrust* existente. Ambos enfoques se complementan y dan soporte a otro tipo de iniciativas que simultáneamente puedan llevar a cabo las Instituciones Multilaterales en materia de clima de negocios, reformas sectoriales o procesos de privatización.

Por ejemplo, en América Latina, el BID ha incluido componentes sobre políticas de competencia en varios de sus préstamos. Concretamente, en Guatemala, como parte del objetivo del programa destinado a apoyar los esfuerzos del gobierno por continuar mejorando los niveles de productividad de la economía, el BID otorgó un préstamo para el apoyo a inversiones estratégicas y transformación productiva, que incluía la redacción para futura implementación de una ley de competencia¹⁶. Y es que Guatemala junto con Belice son los dos únicos países que a día de hoy carecerían de dichas normativas en la región. El objetivo perseguido por el componente sobre política de competencia del préstamo es contribuir a eliminar barreras que limitan el desarrollo empresarial y la inversión, entre otros¹⁷, para posteriormente avanzar en la implementación de su nueva normativa de competencia en cuyo desarrollo están avanzando las autoridades del país.

Sin embargo, y a pesar de que hay en la actualidad aproximadamente 120 sistemas de competencia a nivel mundial¹⁸, la existencia de legislación no es suficiente si no se realizan esfuerzos para que su implementación dé los frutos buscados. En efecto, y a modo de ejemplo, de los 188 países miembro del Banco Mundial en más de 100 existe una ley de competencia que, sin embargo, no disuade la existencia de claros comportamientos anti-competitivos especialmente en los países menos avanzados¹⁹. La cartelización en la cadena de producción desde los *inputs* (fertilizantes, cemento), pasando por el transporte y hasta los servicios finales (productos alimenticios, servicios financieros, seguros) son ejemplos típicos que el desarrollo económico y social en estos países. Igualmente, el Estado suele tener un peso mayor en los mercados de las economías en desarrollo con lo que ello supone en términos de subsidios cruzados, menores incentivos a la eficiencia y ausencia de presión competitiva, entre otros.

De este modo, a pesar de que muchos países en vías de desarrollo y países emergentes han abierto sus mercados al comercio internacional, en sus mercados siguen funcionando en muchos casos de manera ineficiente, ya sea por las barreras de entrada a dichos mercados que impiden que estos se beneficien plenamente de las ventajas del comercio internacional y la presión competitiva que este genera en los mercados locales, o ya sea por

¹⁶ <http://www.iadb.org/en/projects/project-description-title,1303.html?id=gu0163>.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ www.gwcl.com.

¹⁹ <http://blogs.worldbank.org/psd/tirole-wbg-twin-goals-scaling-competition-policies-reduce-poverty-and-boost-shared-prosperity>.

el comportamiento anticompetitivo de los operadores tradicionales cuando no resulta punible por la ausencia de normativa para la defensa de la competencia o, en muchos casos, de un regulador con capacidad para aplicar de manera efectiva la normativa *antitrust*.

Por ello, los países clientes de las multilaterales tienen a su disposición un conjunto muy amplio de productos analíticos y de diagnóstico para apoyar la implementación de reformas pro-competitivas: evaluaciones de competencia (sobre regulaciones sectoriales, marcos normativos de competencia y de ayudas de estado, estimaciones de los efectos derivados de la ausencia de competencia en un determinado mercado); directrices sobre competencia (para fijar las prioridades de cada gobierno en esta materia o buscar criterios de neutralidad competitiva en un determinado mercado en el que participan operadores públicos); revisión de la efectividad de las autoridades de competencia; e informes sobre impacto y promoción de la competencia que consisten en una evaluación *ex post* de medidas procompetitivas o intervenciones de la autoridad de competencia con el fin de dar apoyo empírico a las reformas adoptadas y a las sanciones aplicadas, respectivamente.

Las actuaciones en materia de competencia en los países de ingresos bajos han tendido a centrarse en los últimos tiempos en la apertura de mercados locales a la competencia y la eliminación progresiva de normativa anticompetitiva que venía protegiendo a los incumbentes más ineficientes.

Filipinas, por ejemplo, ha revisado su regulación naviera con ayuda del Banco Mundial, reduciendo drásticamente los tiempos necesarios para registrar navíos y favoreciendo con ello la entrada de nuevos competidores para cada ruta con un ahorro potencial del 5 por 100 en los costes de transporte logístico²⁰. Igualmente, a través del asesoramiento del Banco Mundial, Honduras ha promovido un tratamiento no discriminatorio en el registro de pesticidas y otros productos para la agricultura que se ha traducido en que el número de productos registrados por año se haya triplicado y los precios de algunos pesticidas se hayan reducido hasta en un 10 por 100²¹.

En países de ingresos medios, el asesoramiento técnico ha ido más encaminado a reforzar la efectividad de los sistemas y normativas de competencia existentes en estos países.

Así, por ejemplo, en Rumanía se han llevado a cabo proyectos para la creación de la Unidad de Cánceles para reforzar la lucha contra estas prácticas, asistencias para la identificación de acuerdos anticompetitivos entre contables colegiados (que supondrán ahorros para los consumidores de entre 24 y 60 millones de dólares en tarifas) y revisión de normativas con barreras anticompetitivas y ayudas de estado²². En Kenia los esfuerzos

²⁰ <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/21317/935300ESW0P1490021500Final0Jan0160.pdf?sequence=1>.

²¹ http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/10/07/00442464_20141007144148/Rendered/PDF/911800BRI0Box30s0Competition0Policy.pdf.

²² <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/Romania-Snapshot.pdf>.

se han centrado en el diseño de la normativa para luchar contra los carteles en sectores estratégicos, hasta entonces no sancionables, calculándose ahorros anuales de hasta 18 millones de dólares por ejemplo en el mercado de seguros²³. Igualmente, se está llevando a cabo una revisión en profundidad de la normativa en materia agroalimentaria donde persisten monopolios públicos amparados por la normativa estatal con el fin de introducir las modificaciones oportunas para dar entrada al sector privado en el segmento de comercialización²⁴.

Pero la actuación de las multilaterales no se limita a países con regulaciones ineficientes o con autoridades de competencia ineficaces. Por el contrario, el apoyo financiero y técnico de estas instituciones resulta igualmente necesario en el caso de países emergentes como Kazajstán en los que el sector público sigue manteniendo una presencia muy elevada por lo que los esfuerzos se han concentrado en asegurar una neutralidad competitiva mediante el análisis detallado de los distintos sectores²⁵. Así, entre las reformas a las que se dirige el apoyo presupuestario de 500 millones de dólares del BM recientemente aprobado para Kazajstán, destacan las medidas consistentes en introducir un principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, de manera que para cada sector debe analizarse si está justificada la presencia del Estado o si, por el contrario, hay cabida para el desarrollo del sector privado. En este último caso, deberá asegurarse una neutralidad competitiva que no desincentive la entrada de operadores privados y conduzca paulatinamente a la privatización de la empresa pública.

Otros apoyos presupuestarios recientes del BM a países en desarrollo que incluyen reformas para promover mercados más competitivos son los préstamos concedidos a Georgia, Marruecos y Macedonia, entre otros. En este último, de 100 millones de dólares en dos tramos (2012 y 2014), el objetivo principal era lograr una mayor presencia del sector privado en las zonas de desarrollo tecnológico industrial, fortaleciendo el marco de responsabilidad y transparencia en materia de ayudas de estado y favoreciendo un entorno regulatorio más predecible para los inversores y una mayor capacidad de internacionalización de las empresas vía mejoras de competitividad de las mismas²⁶.

En definitiva, las Multilaterales han ido acumulando una vasta experiencia en la promoción de una competencia efectiva en los países en desarrollo y disponen de un abanico amplio de opciones para llevar a cabo su asistencia a los mismos mediante la necesaria capacitación técnica y desarrollo normativo pro-competitivo.

²³ <http://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/cross-cutting-issues/competition-policy/competition-policies-open-markets-in-kenya.cfm>.

²⁴ <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/01/23884246/competition-kenyan-markets-impact-income-poverty-case-study-sugar-maize>.

²⁵ <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/11/25156724/kazakhstan-first-macro-economic-management-competitiveness-programmatic-development-policy-loan-project>.

²⁶ http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/ECA/2015/10/07/090224b08312e232/1_0/Rendered/PDF/Macedonia00for0Report000Sequence001.pdf.

No obstante, y pese a la gran experiencia que las Multilaterales han adquirido en este campo, a día de hoy siguen existiendo retos sobre cómo adaptar, en muchos casos, la normativa sobre competencia y diseño institucional a países donde la cultura de competencia es aún limitada. Es aquí donde la extensa experiencia de la Comunidad de Competencia podría hacer grandes aportaciones, contribuyendo de este modo al desarrollo económico de los países menos avanzados.

Por un lado, sería de gran interés que se ampliaran los esfuerzos dedicados a tratar de entender cuáles son los efectos de la exportación de la normativa sobre competencia a países con economías de mercado en estado embrionario. Si bien expertos consolidados como FOX²⁷, GAL²⁸ o KOVACIC²⁹ han tratado de impulsar ideas innovadoras en la materia, todavía es necesario profundizar más en algunas cuestiones, con el fin de que las MDBs a la hora de llevar a cabo sus actividades puedan aplicarlas exitosamente en las jurisdicciones en desarrollo.

Empezando por el diseño institucional de las autoridades de competencia, resulta necesario comprender cuáles son las necesidades básicas de sistemas de competencia nuevos enmarcados dentro de jurisdicciones adversas a las economías de mercado. Así, si bien es cierto que la independencia de las autoridades suele considerarse como un requisito *sine qua non* para garantizar la implementación eficaz de la normativa de competencia³⁰, en sistemas nuevos tal vez resulte más recomendable confinar las autoridades dentro de ministerios que gocen del apoyo del gobierno, para evitar que dichas autoridades sean arrinconadas. Estos aspectos institucionales no deberían de extrañarnos cuando el ciclo de vida de los sistemas de competencia muestra que la introducción paulatina de las autoridades de competencia, como fue el caso de España o Francia a través de sus servicios y tribunales de competencia, suelen ser más exitosos.

Otro ejemplo que amerita mayor profundización es el relacionado con los sistemas de control de concentraciones. Habitualmente, cuando los MDBs asesoran a jurisdicciones en materia de competencia, suelen incorporar sugerencias sobre la necesidad de adoptar un sistema de control de concentraciones imperativo. Si bien es cierto que en economías de mercado maduras el control de operaciones obligatorio constituye un pilar básico de los sistemas de competencia, no necesariamente tiene que ser el caso en

²⁷ M. S. GAL y E. M. FOX, *Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience* (April 15, 2014). *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*, Edward Elgar, 2014, *Forthcoming*; *NYU Law and Economics Research Paper*, núm. 14-11.

²⁸ M. S. GAL, *The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries. Competition, Competitiveness and Development*, 2004, pp. 20-38.

²⁹ W. E. KOVACIC, «The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries», *American University International Law Review*, 11, núm. 3 (1996), 437-474.

³⁰ W. E. KOVACIC y D. A. HYMAN, *Competition Agency Design: What's on the Menu?* (November 21, 2012). *GWU Legal Studies Research Paper*, núm. 2012-135; *GWU Law School Public Law Research Paper*, núm. 2012-135; *Illinois Public Law Research Paper*, núm. 13-26.

jurisdicciones en vías de desarrollo donde la certeza y transparencia para el sector privado ha de primar, como pone de relieve la agenda 2030 anteriormente descrita.

A modo de ejemplo, en algunos países de América Latina, recientemente se han adoptado sistemas de control de concentraciones obligatorios careciendo de la infraestructura, regulaciones y personal especializado para llevar a cabo dichos controles. Como resultado, las empresas que realizan negocios en dichas jurisdicciones se han visto afectadas en la medida que no saben cómo proceder ante la autoridad de competencia relevante, por no mencionar, que dicha regulación obligatoria desincentiva la atracción de capital extranjero que no siente que exista suficiente seguridad jurídica al respecto. En estas situaciones, sería interesante proceder a ahondar si para países con incipientes sistemas de competencia no sería más recomendable sugerir que adoptasen sistemas de control de concentraciones voluntarios, para que, a medida que maduren, se modifiquen y pasen a ser obligatorios, como hizo por ejemplo Brasil. De este modo, en Brasil, el tiempo ha permitido construir una reputación buena a su sistema de competencia, y por ende, la nueva legislación sobre control de concentraciones obligatoria no solo no ha desincentivado al sector privado, sino que ha pasado a formar parte de las jurisdicciones estratégicas en materia de competencia de las multinacionales más relevantes. Asimismo, al optar por una introducción más progresiva de los sistemas de control de concentraciones las MDBs pueden llevar a cabo en paralelo un papel fundamental en materia de capacitación técnica que asegure una aplicación eficiente del marco normativo obligatorio cuando finalmente se adopte³¹.

En lo que a la lucha contra los cárteles se refiere, la posibilidad de llevar a cabo investigaciones sorpresa es un elemento fundamental para desmantelar estos acuerdos anticompetitivos que tanto daño hacen a las economías en desarrollo. Sin embargo, para poder llevar a cabo estas inspecciones sorpresivas es necesario estar cualificado para las mismas. Una vez más, en paralelo a la inclusión de estos derechos en las recomendaciones de las MDBs sobre los textos jurídicos en materia de competencia sobre los que prestan asistencia técnica, se deberían acompañar las sugerencias legales con proposiciones de entrenamientos en la materia, bien por parte de los propios MDBs a través de expertos de la Comunidad de Competencia, o incluso promocionando acuerdos entre autoridades de competencia regionales (la llamada cooperación sur-sur), para que las que cuentan con más experiencia presten asistencia a las más principiantes en la materia.

Otra área a investigar en cuanto a recomendaciones técnicas en materia de competencia se refiere, es la importancia de la historia, cultura y la adversidad a la economía del mercado originaria del llamado mundo occi-

³¹ Estas consideraciones son igualmente aplicables a otros ámbitos de operación de las MDBs, como las reformas en energía o mercados financieros en países en desarrollo que suelen ir acompañadas de la necesaria capacitación de los técnicos y funcionarios de los reguladores nacionales encargados de velar por la correcta aplicación de dichas reformas.

dental en los países clientes que tanto condicionan los marcos regulatorios de los mismos. Asumiendo que el objetivo perseguido por los MDBs en su asesoramiento es el de buscar un impacto sostenible y duradero en el tiempo que contribuya al progreso económico de los países que reciben dicho asesoramiento, parece lógico pensar que se ha de valorar el grado de permeabilidad que tiene dicha sociedad a la cultura del mercado de libre competencia.

Por ejemplo, pongamos que se asesora a Afganistán respecto a su futura ley de competencia. Una revisión rápida de las leyes de competencia de países con arraigada tradición musulmana muestra cómo existe una serie de exenciones a la normativa de competencia sobre productos básicos como el pan o la leche, cuya justificación reside en el deseo de cumplir con el texto del Corán. Ningún experto en competencia osaría cuestionar que la existencia de competencia efectiva en estos mercados beneficiaría a los afganos, puesto que el buen funcionamiento de los mismos contribuiría a disminuir el precio de estos productos para el consumidor final. Pero, en una primera instancia, sería útil realizar un análisis retrospectivo sobre otras asistencias técnicas y experiencias de la Comunidad de Competencia, para determinar qué solución es la que mejor se adapta a la situación económica y cultural del país. Es más, para sistemas de competencia incipientes, los MDBs podrían beneficiarse de la Comunidad Internacional para adaptar las asesorías técnicas a los ciclos de vida de los sistemas de competencia en cada caso.

Todos estos ejemplos aquí expuestos son solo una muestra representativa de los avances de los MDBs en materia de *policy* y de las áreas en las que se podría profundizar, con la ayuda de la comunidad de expertos de competencia, con el fin garantizar que las políticas de competencia sean implementadas de la forma más eficaz posible teniendo siempre en consideración la sostenibilidad como receta para el éxito de las mismas. La actuación en la vertiente pública de los MDBs se complementa con su actuación a través del sector privado donde también existen infinidad de oportunidades únicas para infundir los principios de competencia, como se detallará a continuación.

b) *Competencia en el sector privado*

Conjuntamente con la financiación y asistencia técnica al sector público, existen también proyectos financiados por las instituciones multilaterales a través de sus ramas privadas y en algunos casos en colaboración con bancos comerciales, agencias de crédito a la exportación e inversores del sector privado, para el desarrollo de agentes privados en determinados sectores de los países en desarrollo.

Algunos ejemplos claros son los proyectos de inclusión financiera a través de bancos, de agronegocios con componentes de mejora de nutrición de la población a través de empresas de alimentación, de turismo sostenible preservando la cultura y patrimonio de estos países, o de energía para

mejor el mix tecnológico y potenciar el desarrollo de energías renovables que contribuyan a la lucha contra el cambio climático, entre otras. Es, precisamente en la relación con los proyectos del sector privado, donde los MDBs también tienen una oportunidad única para avanzar la agenda de competencia, promoviendo los principios de una competencia sana y un funcionamiento eficiente de los mercados a través del comportamiento de los propios agentes privados seleccionados en sus proyectos.

Los proyectos de los MDBs sin garantía soberana, es decir, directamente con el sector privado, facilitan y estimulan la inversión del sector privado con un impacto positivo sobre el desarrollo. Por ejemplo, las corporaciones financieras internacionales del Grupo Banco Mundial³² y Grupo BID³³ respectivamente, originan, evalúan, estructuran y negocian los préstamos y subsidios para la participación del sector privado en sectores donde cada uno de los Grupos Financieros está presente, como por ejemplo la financiación para el comercio internacional, mercados de capitales e infraestructura.

Es en este sentido necesario precisar que, sin bien las inversiones de los MDBs en el sector privado se rigen por los mismos principios de mercado aplicables a otros bancos, la financiación tiene además que contribuir positivamente al progreso económico y social. En otras palabras, los proyectos financiados a través del sector privado han de tener un impacto en el desarrollo económico en línea con los objetivos estratégicos de cada respectivo MDB, lo que viene a denominarse en la jerga de estas instituciones como «adicionalidad» del proyecto.

Considerando, como ha sido expuesto anteriormente, que gran parte de los objetivos de la nueva Agenda 2030 se refieren a la consolidación del sector privado (para generar crecimiento y empleos) y la innovación (para promover una mayor productividad), qué duda cabe que la cultura de competencia ha de gobernar también, al menos parcialmente, estas inversiones privadas.

A lo largo del ciclo de estos proyectos, los MDBs tienen varias oportunidades para asegurarse que sus inversiones no van a tener un impacto negativo sobre los mercados a largo plazo, mermando el desarrollo. Estas oportunidades son principalmente tres, a saber: i) originación; ii) preparación, y iii) ejecución. A continuación, se exponen algunas ideas respecto los dos primeros elementos, dejando la ejecución para la sección desarrollada posteriormente bajo el epígrafe sobre el sistema de sanciones de las Multilaterales.

Como en cualquier otra institución financiera, existen dos fuentes de originación de proyectos en el sector privado de las MDBs. En un caso, los propios clientes solicitan directamente la financiación, y en otro, son los oficiales de inversión de los MDBs los que exploran oportunidades de

³² http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/home.

³³ <http://www.iic.org/es>.

negocio al estudiar las necesidades de financiación para proyectos de desarrollo, buscando un adecuado equilibrio entre impacto en el desarrollo y rentabilidad de la operación (para asegurar la sostenibilidad financiera de las ramas privadas de estas instituciones). Es en este segundo caso donde los MDBs tienen una mayor facultad para seleccionar clientes (empresas privadas) cuya presencia en el sector o mercado en el que se circunscribe el proyecto a desarrollar contribuya a incrementar la competencia efectiva dinamizando el mercado en cuestión.

En línea con la Agenda 2030, sería importante que los MDBs aprovecharan las oportunidades para dinamizar mercados a través del sector privado, teniendo en cuenta las características de los mercados a la hora de tomar una decisión final sobre a quién otorgarle la financiación para proyectos de desarrollo, ya que no solo se financia un proyecto en particular, si no que dicha financiación tiene un impacto en los mercados por su mera existencia. Por tanto, que a la hora de tomar decisiones sobre inversión en esta rama de actividad de los MDB conviene tener siempre presentes las estructuras de los mercados donde se va a invertir, y llevar a cabo un análisis de competencia de dicho mercado para valorar la competencia local, la consolidación de agentes ya existentes o la conveniencia de favorecer la entrada en dichos mercados de nuevos agentes, con el fin de incrementar la competencia en los mismos. El reto, claro está, es encontrar el equilibrio entre fomentar la entrada de nuevos agentes sin distorsionar los mercados otrora competitivos.

Una vez elegido el agente privado a quien otorgarle financiación, durante la fase de preparación de los proyectos, los MDBs han adoptado individualmente procesos de aprobación, que incluyen la aplicación de las respectivas políticas de debida diligencia (procesos de *due diligence*) a las empresas que son contrapartes o entidades relevantes en cada uno de los proyectos. En aras de cumplir con los mandatos y estrategias que cada MDB tiene estipulado, la debida diligencia cubre todo un amplio espectro de materias que van desde los riesgos financieros, medioambientales y sociales, hasta los riesgos de reputación e integridad.

Como parte de las revisiones de integridad que se realizan a las entidades relevantes de los proyectos, normalmente, las Multilaterales se concentran en áreas tradicionales como el lavado de dinero, evasión fiscal, existencia de personas políticamente expuestas, sanciones o investigaciones por corrupción, y en menor medida, prácticas anticompetitivas. Y es que, a día de hoy, la relevancia de las prácticas anticompetitivas que las empresas realizan, sigue siendo de segundo orden en el caso de muchas de estas instituciones y sus oficiales de cumplimiento (*compliance officers*).

Una mayor transparencia en relación con la información que se incluye en los perfiles de los proyectos y empresas seleccionadas para ser aprobados beneficiaría a todas las partes: al Directorio de cada MDB encargado de la aprobación de los proyectos a través de una decisión informada, al propio MDB que pasaría a ser más consciente de los riesgos de seleccionar a clien-

tes con casos de *antitrust* en su historial y, sobre todo, al país en desarrollo para el que se diseña el proyecto, ya que arrojando luz sobre este aspecto podrían evitarse riesgos de comportamientos anticompetitivos futuros que, como sabemos, suelen dañar especialmente a la población más vulnerable de la sociedad. La incorporación de este análisis adicional para la selección de clientes cobra todavía más sentido teniendo en consideración los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible, que dan mayor importancia al desarrollo de un sector privado sostenible.

Afortunadamente, a medida que las políticas de competencia van asentándose en jurisdicciones no tan familiarizadas con la materia, tanto los oficiales de inversión como los oficiales de cumplimiento van dando más importancia a que sus clientes cumplan con la normativa de competencia. Tanto es así, que en algunos proyectos de jurisdicciones cuya legislación de competencia está en alza, como por ejemplo Chile, es progresivamente más habitual que se incluyan en los perfiles de proyectos descripciones en relación con eventuales sanciones por competencia que se hayan podido imponer a las entidades relevantes del mismo. De este modo, cuando los directorios han de decidir sobre el otorgamiento de financiación a dichas empresas, estos pueden tener en consideración, además de otros elementos como son las garantías medioambientales, las garantías ofrecidas por los prestatarios que aseguren que se respetará la normativa sobre competencia, antes de tomar la decisión final sobre la financiación.

Finalmente, los MDBs durante la preparación de los proyectos sin garantía soberana, pueden apoyarse en su apalancamiento como entidad financiera para el desarrollo, y requerir como medidas de mitigación a contrapartes con un historial grave en materia de infracción por prácticas anticompetitivas la adopción de programas sobre cumplimiento en materia de competencia y otras garantías contractuales a fin de que dichas empresas no exporten sus prácticas anticompetitivas al proyecto que será financiado por las Multilaterales. De actuar así, los MDBs estarían contribuyendo de una manera proactiva a que la introducción del sector privado en países en desarrollo exporte desde el inicio una cultura de competencia clave para la sostenibilidad e innovación del sector.

Si bien todas las ideas hasta aquí expuestas parecen ofrecer señales positivas respecto al trabajo que los MDBs realizan en términos de garantizar que se genere progreso económico promoviendo al mismo tiempo la competencia en los mercados de los países en vías de desarrollo, resulta además imprescindible resaltar que los MDBs, a través de sus sistemas de sanciones, son un ejemplo de cómo asegurar la maximización de la ayuda financiera que otorgan. La sección que continua ahonda en este campo.

3. EL SISTEMA DE SANCIONES DE LAS MULTILATERALES

Igualmente, la consecución de los ambiciosos Objetivos de Desarrollo Sostenible requiere hacer el mejor uso posible de cada dólar dedicado al de-

sarrollo con independencia de la fuente de financiación (pública o privada, nacional o internacional), lo que exigirá una mayor y mejor coordinación entre todas las instituciones bilaterales y multilaterales de desarrollo, pero también un uso más eficiente de los recursos de cada una de ellas. En este contexto, cobran igualmente relevancia todas las iniciativas encaminadas a la lucha contra los flujos ilícitos de capital, debiendo entenderse estos en sentido amplio y, por tanto, incluyendo además de los casos de corrupción y fraude, los de colusión.

Tanto los gobiernos de los países en desarrollo a través de sus propias agencias de contratación, como las instituciones multilaterales a través de sus departamentos de Integridad, deben velar por uno uso eficiente de los recursos destinados al desarrollo. Bajo esta premisa se debe reforzar la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas, que limitan el impacto de los proyectos destinados al desarrollo económico y social al mismo tiempo que detraen recursos ya de por sí muy escasos en el caso de las economías más pobres.

La siguiente sección expone y analiza los sistemas de sanciones de los organismos multilaterales poniendo especial énfasis en las oportunidades que los mismos presentan en relación a la lucha contra los esquemas colusorios.

A. EL MARCO SANCIONADOR DE LAS MDBS

Los acuerdos constitutivos de las MDBs incluyen obligaciones fiduciarias como parte de los compromisos necesarios para que la ayuda al desarrollo cumpla con los objetivos buscados. Entre estas obligaciones fiduciarias, se encuentra, entre otras, la obligación de asegurar que se realiza un uso eficiente de los recursos asignados. Por tanto, la obligación fiduciaria de estos organismos incluye, inexorablemente, el que los recursos sean utilizados para el fin asignado sin que existan flujos ilícitos. En este sentido, las MDBs mantienen una política de tolerancia cero hacia la corrupción³⁴. Y es que, el desarrollo económico pasa, indudablemente, por maximizar los recursos destinados a los proyectos, asegurando que dichos recursos no sufran pérdidas por la existencia de prácticas prohibidas³⁵ como lo son los esquemas de *bid-rigging* o carteles en licitaciones públicas.

³⁴ Los diferentes sistemas de sanciones de las MDBs tienen como objetivo principal el de cumplir con las obligaciones fiduciarias de salvaguardar sus recursos de prácticas prohibidas. Además, la propia existencia de las cláusulas sobre prácticas prohibidas en todos los contratos financiados con recursos de las multilaterales, así como las sanciones impuestas tienen un efecto disuasorio que contribuye al manejo de integridad en los proyectos fortaleciendo el mensaje y compromiso con una tolerancia cero contra la corrupción. Véase, a modo de ejemplo, la siguiente conferencia sobre el presidente del Banco Mundial disponible en <http://www.worldbank.org/en/news/video/2013/04/02/jim-kim-zero-tolerance-for-corruption>.

³⁵ Cada MDB utiliza su propio término para referirse a las prácticas armonizadas. Así, por ejemplo, el Banco Mundial se refiere a prácticas sancionables y el Banco Interamericano de Desarrollo las llama prácticas prohibidas. Algunos MDBs además de las prácticas armonizadas incluyen otras acti-

En vista de lo anterior, en 2006, el Grupo del Banco Mundial, Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, el Grupo del Banco Europeo de Inversiones, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo, y el Fondo Monetario Internacional llegaron a un consenso sobre cuáles debían constituir los pilares de una estrategia armonizada en la lucha contra el fraude y la corrupción. Como resultado, se adoptó el Marco Uniforme para Prevenir y Combatir el Fraude y la Corrupción (el «Marco Uniforme») que abarca, entre otros, la lucha contra la colusión³⁶. Como resultado de la adopción del Marco Uniforme, y con el fin de adherirse a los principios incluidos en el mismo, las diferentes MDBs reformularon sus ya existentes sistemas de sanciones para que estos reflejasen los pilares comunes sobre los que se asienta una sólida plataforma desde la que luchar contra estas prácticas prohibidas.

Los principios base incluidos en el Marco Uniforme son los siguientes: i) adopción de un ámbito de aplicación armonizado a través de la homogeneización de las definiciones de prácticas prohibidas; ii) adopción de principios y directrices comunes para las investigaciones; iii) intercambio de información relativa a investigaciones; iv) armonización de los principios de diligencia debida (*due diligence*) en materia de integridad en relación con las decisiones sobre préstamos en inversiones para el sector privado; v) reconocimiento mutuo de las decisiones e inhabilitación, y vi) respaldo a las actividades de los países miembros contra la corrupción.

Respecto al ámbito de aplicación de los sistemas de sanciones armonizado, cinco son las prácticas prohibidas o sancionables que lo conforman, a saber: corrupción, fraude, colusión, coerción y obstrucción³⁷. Los tipos

vidades que son susceptibles de ser investigadas y sancionadas como por ejemplo el Banco Asiático de Desarrollo respecto a la apropiación ilícita.

³⁶ Para mas detalles sobre los documentos que rigen los sistemas de sanciones, visitar la pagina de la Oficina de Integridad del Banco Interamericano de Desarrollo, disponible en <http://www.iadb.org/en/topics/transparency/integrity-at-the-idb-group/prohibited-practices-at-the-idb,2704.html>.

³⁷ El texto de las practicas sancionables son las siguientes: Corrupción, que es el ofrecimiento, entrega, recepción o solicitud, en forma directa o indirecta, de cualquier cosa de valor, con objeto de influir de manera inapropiada en las acciones de otra parte. Fraude, que es cualquier acto u omisión, incluyendo una declaración inexacta que a sabiendas o en forma descuidada, induzca a error, o trate de hacerlo, a la parte que la recibe, a fin de obtener un beneficio financiero o de otra índole o de eludir el cumplimiento de una obligación. Coerción, que es el impedimento o perjuicio, o la amenaza de impedir o perjudicar, en forma directa o indirecta, a cualquier parte o a la propiedad de cualquier parte, con objeto de influir de manera inapropiada en las acciones de una parte. Colusión, que es el arreglo de dos o más partes concebido para obtener una finalidad impropia, incluyendo la influencia indebida a en las acciones de otra parte. Obstrucción que consiste en: a) la destrucción, falsificación, alteración u ocultamiento, en forma deliberada, de pruebas importantes para la investigación o la formulación de declaraciones falsas a los investigadores, con objeto de impedir el curso de una investigación del Grupo BID de denuncias de prácticas de corrupción, fraude, coerción o colusión; o las amenazas, hostigamiento o intimidaciones contra cualquier parte, a fin de impedir que esta dé cuenta de su conocimiento de asuntos importantes para la investigación o de que esta siga su curso, o b) los actos que tengan por objeto impedir materialmente que el Banco ejerza sus derechos de inspección y auditoría. Es importante precisar, que las definiciones del Banco Mundial incluyen notas al pie particulares, que delimitan alguno de los elementos del tipo de estas definiciones.

de cada una de estas prácticas son fruto del consenso entre las diferentes MDBs, y si bien podrían ser objeto de refinamiento lingüístico desde un punto de vista estrictamente legal, también es cierto que las mismas son lo suficientemente amplias para cubrir un gran abanico de prácticas corruptas³⁸. Como se detallara más adelante, el concepto de colusión que las MDBs manejan, para los que estamos acostumbrados a desenvolvernos en el ámbito estricto de la competencia, es algo diferente al que la mayoría de las jurisdicciones utiliza en sus leyes de competencia.

Como ha sido mencionado previamente, otro de los pilares sobre los que se asientan los sistemas sancionadores de las MDBs es el reconocimiento mutuo de las decisiones sancionadoras que esta instrumentalizado a través del Acuerdo de Aplicación Mutua de las Decisiones de Inhabilitación³⁹ suscrito por el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Grupo del Banco Mundial, y el Grupo Banco Interamericano de Desarrollo. Este convenio que rige para todos los signatarios sienta las bases para el reconocimiento mutuo de determinadas sanciones impuestas por cualquiera de las instituciones a firmas e individuos que hayan incurrido en prácticas prohibidas. De este modo, una sanción impuesta por, digamos, el Banco Mundial, puede ser directamente reconocida por el resto de los signatarios del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo. Hasta cierto punto, la manera en que las MDBs reconocen sus sanciones, recuerda a los principios de «*positive comity*» que desgraciadamente no terminan de cuajar en la comunidad de competencia⁴⁰.

A través del mecanismo de reconocimiento mutuo de sanciones se obtienen múltiples beneficios. En primer lugar, se logran sinergias en el cumplimiento de las obligaciones fiduciarias de las MDBs ya que las multilaterales pueden designar como inelegibles a aquellas partes que si bien no han cometido prácticas prohibidas con sus recursos si han demostrado no mantener unos estándares de integridad necesarios para llevar a cabo proyectos de desarrollo. En segundo lugar, se logra un mayor efecto disuasorio ya que futuras empresas o individuos adjudicatarios corren el riesgo de ser incluidas en la lista de entidades e individuos sancionados de estas multilaterales que cubren en su conjunto la totalidad de jurisdicciones. En tercer lugar, derivado de este acuerdo, se ha impulsado la adopción de otros principios y directrices como lo son: i) los principios y directrices generales

³⁸ En resumen, los contratos financiados con fondos de los MDBs tienen la obligación de incorporar las llamadas cláusulas prohibidas o sancionables a las que están sujetas las partes contratantes tanto en su relación directa con la administración pública que administre los fondos como en los sucesivos contratos aguas abajo que se deriven de la contratación original. A pesar de la diversidad de políticas de adquisiciones públicas existentes, uno de los denominadores comunes de las mismas es el principio de libre competencia por las que se rigen. Adicionalmente, las políticas de adquisiciones incorporan obligaciones de cara a los órganos ejecutores y contratos con y derivados de los mismos a no incurrir en prácticas prohibidas.

³⁹ <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35155249>.

⁴⁰ [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dafl/comp/gf\(2012\)6&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dafl/comp/gf(2012)6&doclanguage=en).

para la imposición de sanciones⁴¹, o ii) los principios armonizados de los MDBS para el tratamiento de grupos empresariales⁴².

B. OPORTUNIDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA

Una vez expuesto el sistema de sanciones de los MDBs, es interesante proceder a analizar los mismos desde un punto de vista de competencia con el fin de resaltar cómo la armonización de los sistemas sancionadores de las multilaterales puede servir como inspiración a la comunidad de competencia como lo demuestra el acuerdo de reconocimiento mutuo de sanciones, pero también, cómo la comunidad de competencia puede aportar sus conocimientos y experiencias al contexto sancionador de las multilaterales.

Para proceder a realizar un estudio ordenado del mismo, a continuación se han clasificado los retos y oportunidades en tres categorías, a saber: i) institucionales; ii) sustanciales, y iii) procesales.

a) Oportunidades institucionales

a.1) Diseño

En los últimos años, la comunidad de competencia viene prestando un creciente interés por el diseño institucional⁴³ de las autoridades encargadas de velar por la competencia a nivel nacional ya que bien es sabido que el diseño de las mismas tiene un impacto en los resultados esperados. En este sentido, la misma ecuación le es aplicable a los sistemas de sanciones de las Multilaterales.

El análisis de tendencias en el diseño institucional de autoridades de competencia muestran cómo existe una clara propensión a unificar bajo un mismo techo autoridades con mandatos diversos combinando, por ejemplo, competencia y protección al consumidor, competencia y propiedad intelectual, etc.⁴⁴. En línea con la tendencia que se observa a nivel nacional, el sistema sancionador de las MDBs combina bajo un mismo mandato la lucha contra la corrupción y la colusión.

Esta combinación innovadora, podría inspirar a futuras reformas a nivel nacional ya que los expertos en la materia saben bien que la colusión,

⁴¹ Hacen referencia a un conjunto de principios destinados a asegurar el tratamiento coherente de individuos y firmas en la determinación de sanciones.

⁴² Son un conjunto de principios para el establecimiento de normas comunes para la imposición de sanciones a entidades integrantes de grupos empresariales.

⁴³ W. E. KOVACIC y D. A. HYMAN, *Competition Agency Design: What's on the Menu?* (November 21, 2012). *GWU Legal Studies Research Paper*, núm. 2012-135; *GWU Law School Public Law Research Paper*, núm. 2012-135; *Illinois Public Law Research Paper*, núm. 13-26.

⁴⁴ KOVACIC y LÓPEZ GALDÓS, «Benchmarking Competition Systems: A Global Survey of Institutional Characteristics», *Oxford Journal of Antitrust Enforcement*, forthcoming en 2016. Los resultados preliminares se encuentran disponibles en www.gwcl.com.

particularmente en lo que a contratación pública se refiere, suele ir acompañada de un acto corrupto como puede ser una comisión ilegal. En efecto, las investigaciones llevadas a cabo por las multilaterales en licitaciones públicas a menudo revelan la existencia de esquemas de corrupción como instrumentos necesarios para poder implementar acuerdos colusorios y viceversa⁴⁵.

Si bien la experiencia de las multilaterales en este campo no es novedosa, sí lo es su aproximación a la materia, buscando sinergias para lograr desenmascarar a todas las partes que hacen posible que los acuerdos colusorios en la contratación pública se materialicen. En efecto, hasta la fecha menos del 5 por 100 de las autoridades de competencia tienen mandato para investigar la corrupción en licitaciones públicas o mantienen acuerdos de cooperación con las unidades de lucha anticorrupción⁴⁶.

Por tanto, futuras reformas de las autoridades de competencia deberían considerar los frutos que pueden llegar a lograrse de combinar la lucha contra la corrupción con la lucha contra los cárteles, y considerar mecanismos para que las autoridades encargadas de hacer las investigaciones pertinentes trabajen conjuntamente aunque sea de manera *ad hoc*.

a.2) Cooperación con Autoridades Nacionales de Competencia

La falta de conocimiento del sistema de sanciones de las MDBs, junto con la todavía limitada participación de los integrantes de estos últimos en la comunidad de competencia, deja al descubierto una brecha importante en lo que a la cooperación entre las partes se refiere, con el consecuente coste de oportunidades.

Como bien es sabido por los actores más tradicionales del mundo de la competencia, existe una red de cooperación muy importante entre autoridades de competencia que han facilitado el intercambio de conocimiento y experiencias en la materia, y aprovechar los beneficios de compartir información sobre investigaciones. En este sentido, por ejemplo, es difícil imaginar que partes investigadas en varias jurisdicciones que han hecho uso de programas de clemencia, no concedan dispensas (*waivers*) a las autoridades relevantes para que procedan a intercambiar información sobre las mismas.

Además, existen numerosos foros (OECD⁴⁷, UNCTAD⁴⁸, ICN⁴⁹) en los que las autoridades de competencia participan con el fin de compartir

⁴⁵ F. JENNY, «International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective», *The University of Minnesota Law School Conference on Global Antitrust Law and Policy Minneapolis*, 2002.

⁴⁶ KOVACIC y LÓPEZ GALDÓS, «Benchmarking Competition Systems: A Global Survey of Institutional Characteristics», *Oxford Journal of Antitrust Enforcement*, *forthcoming* en 2016. Los resultados preliminares se encuentran disponibles en www.gwcl.com.

⁴⁷ <http://www.oecd.org/competition/>.

⁴⁸ <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx>.

⁴⁹ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

experiencias además de afianzar la confianza entre las mismas para lograr objetivos comunes. Es más, incluso alguno de estos eventos es cofinanciado por los MDBs, como es por ejemplo el caso del Foro Latino Americano de Competencia⁵⁰ y existen recientemente algunas iniciativas y conferencias promovidas por el Banco Mundial para estrechar los lazos de esta institución con la comunidad internacional de competencia en lo que a los aspectos de *policy* se refiere.

En base a la misma dinámica, los actores protagonistas de los sistemas de sanciones de las multilaterales mantienen un diálogo constante entre las mismas, acuden a foros en los que intercambian información y experiencias, y como se ha descrito anteriormente, incluso muchos de ellos son signatarios del Acuerdo de Mutuo Reconocimiento.

En este contexto, parece natural concluir que tanto la comunidad de competencia como los sistemas sancionadores de las MDBs podrían beneficiarse de igual modo si entablasen un diálogo y relación más intensos.

Por ejemplo, una de las principales barreras con las que se encuentran los investigadores de los MDBs a la hora de detectar casos de *bid rigging* son las facultades limitadas para proceder a investigar tanto individuos como empresas. Dado que los MDBs son organismos internacionales, están obligados a respetar las soberanías nacionales, y por tanto, no pueden contar con los amplios poderes para realizar investigaciones sorpresa. Y bien es sabido que estas inspecciones sin preaviso suelen ser claves a la hora de encontrar pruebas para sancionar los cárteles.

Pues bien, considerando que la gran mayoría de autoridades nacionales cuenta con estos poderes, los investigadores de las MDBs podrían realizar investigaciones paralelas o conjuntas que beneficiarían a todas las partes involucradas. Las MDBs podrían facilitar información a las autoridades nacionales de posibles casos de colusión en sus territorios ya que cuentan con un sistema de denuncias público y eficaz e información única sobre programas que se están licitando en países en desarrollo susceptibles de ser afectados por prácticas sancionables. A su vez, las autoridades nacionales de estos países en desarrollo podrían realizar las investigaciones sorpresa pertinentes para recabar pruebas. Como resultado, las autoridades nacionales tendrían mejor información sobre posibles casos de colusión, y las MDBs podrían tener mejores resultados en sus esfuerzos por la lucha contra la colusión en dichos países.

Claro que el éxito de esta opción de cooperación, enlaza directamente con las ideas expuestas en la primera parte de este artículo, que recuerdan que no solo es necesario que los países en vías de desarrollo cuenten con una normativa y autoridad de competencia, sino que también tienen que contar con la infraestructura, experiencia y adaptabilidad necesarios para que cumplan su misión de manera efectiva en la jurisdicción donde han de actuar.

⁵⁰ <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/>.

En segundo lugar, los MDBs y las autoridades de competencia podrían, una vez construida la relación de confianza, apoyarse los unos en los otros en las apelaciones que las partes realizan en sus decisiones. En este sentido, se podría sugerir que las partes participasen como *amicus curiae* en los procedimientos de los que tienen conocimiento y aportar su testimonio de expertos en la materia. Esta posibilidad subsanaría los posibles riesgos exposición de los privilegios e inmunidades de las MDBs en lo que a la utilización como referente a casos nacionales se refiere, toda vez que se respetaría la soberanía e independencia de las autoridades nacionales⁵¹.

Finalmente, el establecimiento de relaciones sólidas entre autoridades nacionales y órganos sancionadores de las MDBs podría instrumentalizarse como una alternativa sancionadora para aquellas situaciones en las que el interés distinto a los de competencia o salvaguarda fiduciaria pudiera prevalecer. En efecto, la posición privilegiada de los MDBs en el diálogo con los gobiernos de los países en los que opera permite solucionar fallos de mercado por distintas vías de forma que si desde la perspectiva sancionadora no resulta posible poner fin a un comportamiento anticompetitivo (ya sea por debilidad institucional de la autoridad de competencia o por falta de medios legales para ello), el conocimiento mutuo del funcionamiento poco competitivo de ese mercado puede favorecer que se exploren vías alternativas (como reformas sectoriales) para limitar los efectos nocivos de esa conducta. En definitiva, no deben minusvalorarse los beneficios de una mayor cooperación entre unidades de *Integrity* de los MDBs y autoridades en materia de competencia en los países en desarrollo que puede redundar también en soluciones *ad hoc* que permitan alcanzar mejoras competitivas en estos mercados.

b) Oportunidades sustanciales

b.1) Tipología de la colusión

En materia de competencia, la legislación sanciona los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores con el fin de salvaguardar la existencia de competencia efectiva en los mercados. En base a la experiencia y evolución del análisis legal, en la mayoría de los sistemas de competencia, se ha concluido que se han de sancionar todos los acuerdos o prácticas concertadas que por objeto u efecto restrinjan la competencia, con la salvedad de los casos en los que las eficiencias generadas por dichos acuerdos sobrepasen sus efectos negativos. En el ámbito de la administración pública, la existencia de competencia efectiva en las licitaciones públicas, y por tanto, ausencia de acuerdos colusorios, contribuye a la administración eficiente de los recursos públicos.

⁵¹ Los MDBs como organizaciones públicas internacionales tienen reconocidos por sus países constituyentes privilegios e inmunidades. Con el fin de garantizar los mismos y minimizar su exposición a jurisdicciones nacionales, los sistemas de sanciones tienden a no hacer referencia a jurisprudencia nacional.

Como ha sido mencionado anteriormente, una de las prácticas sancionadas por las MDBs y cuya definición ha sido armonizada entre los organismos sancionadores es la de colusión. En este sentido, se sanciona como colusión «un arreglo de dos o más personas diseñado para lograr un propósito impropio, incluyendo influenciar impropiamente las acciones de otra persona»⁵².

Al observar la tipología de colusión, los actores tradicionales de la comunidad de competencia habrán podido notar que la definición adoptada no casa con las prácticas anticompetitivas sobre acuerdos que se aplican en la mayoría de los sistemas de competencia. Y es que, las definiciones de las prácticas prohibidas se adoptaron con una mentalidad enmarcada dentro del más tradicional pensamiento criminal sin tener en consideración la evolución sobre análisis de mercado que tanto ha influido la legislación en materia de competencia. Además, esta práctica prohibida fue ideada también para sancionar un fraude multi-partes que involucrase a un funcionario público y no estrictamente acuerdos colusorios que afecten al mercado.

En vista de los antecedentes normativos, es preciso señalar que la voluntad de los MDBs de sancionar por colusión esquemas fraudulentos complejos hace incompatible sancionar adecuadamente los esquemas de cartelización o prácticas concertadas tradicionales en los ojos de un experto en materia de competencia. Y es que, como se verá a continuación, el estándar de prueba en los dos ámbitos es diferente, y por tanto, no caben bajo un mismo tipo normativo.

Desde la más tradicional perspectiva en materia de competencia, y sin entrar a analizar los acuerdos desde el punto de vista de la economía dinámica, existe un amplio consenso sobre la necesidad de sancionar aquellos acuerdos cuyo objeto es *per se* restrictivo de la competencia, como es el caso de los acuerdos colusorios en licitaciones públicas (*bid-rigging*).

Esta precisión es importante, ya que la construcción legal y estándar de prueba de los casos de *bid-rigging* no exige necesariamente probar la intención de las partes. En efecto, si se demuestra que hubo un acuerdo o práctica concertada para coludir en una licitación pública, en materia de competencia, la intención (*mens rea*) no es necesariamente relevante, ya que dicho acuerdo restringe o elimina la competencia siempre⁵³. Es más, en los casos de *bid rigging* bien sea con evidencia directa o con evidencia circunstancial, la carga de la prueba se invierte automáticamente por la propia línea de argumentación que dichos casos requieren.

Ahora bien, este mismo escenario que aplica en la tradicional comunidad de competencia es, a día de hoy, difícil de contemplar en los sistemas de sanciones de las MDBs. Consecuentemente, se pierde una gran oportu-

⁵² <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/ORGUNITS/EXTOFFEVASUS/0,,contentMDK:21299248~menuPK:3726884~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:3601046,00.html>.

⁵³ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 446 (1977).

nidad para sancionar debidamente las prácticas que más daño pueden estar causando a las licitaciones públicas de los programas de desarrollo financiados por las mismas.

Bajo la actual definición de colusión de las MDBs, resulta poco cristalino si los acuerdos o prácticas concertadas que por efecto restrinjan la competencia son sancionables o no. En otras palabras, no resulta evidente que bajo la actual tipología se pueda siempre sancionar acuerdos que restrinjan la competencia en el mercado, ya que no se consideran los efectos de dichos arreglos en los mercados. Si además ahondamos en la utilización de la misma tipología para sancionar los esquemas de fraude de múltiples partes, entonces resulta complicado sancionar acuerdos colusorios en los mercados. Y es que la tipología de fraude incluye necesariamente la exigencia de intencionalidad de las partes.

Por tanto, el mismo tipo no puede exigir requisitos diferentes según la práctica que se esté intentando probar. Si de la definición de colusión de las MDBs se entiende que su lenguaje hace referencia al objeto del acuerdo, no se puede asumir que el mismo participio verbal haga referencia a la intencionalidad o *mens rea* de las partes. Intencionalidad de las partes y objeto de un acuerdo no necesariamente coinciden, y en el caso de acuerdos colusorios, como pueden ser los acuerdos concertados, la intencionalidad es difícil o imposible de probar.

En vista de lo anterior, sería recomendable que las MDBs considerasen adoptar una nueva definición de colusión focalizada en los efectos de los mercados, o alternativamente, tratar de enmarcar los esquemas fraudulentos multi-partes dentro de la tipología del fraude y mantener la definición de colusión exclusivamente para los casos tradicionales de competencia. De este modo, se facilitaría el camino hacia la sanción de acuerdos restrictivos de la competencia, que las MDBs, por dificultades probatorias, no sancionan tan habitualmente pese al daño que estos hacen a la economía, especialmente en el caso de los países menos avanzados y con menos recursos financieros para su desarrollo.

b.2) Sinergias de las experiencias multi-jurisdiccionales

Si bien es cierto que los MDBs podrían beneficiarse del refinamiento legal en lo que a la tipología de la colusión se refiere, la comunidad de competencia, y en concreto, las autoridades de competencia, podrían beneficiarse enormemente de las prácticas investigadas por los MDBs, dado el amplio espectro de jurisdicciones que cubren.

Los distintos foros internacionales que reúnen a las autoridades de competencia buscan, entre otros objetivos, que se intercambien experiencias. En este campo, los MDBs cuentan con una amplia experiencia multi-jurisdiccional, que puesta en común con las experiencias de las autoridades nacionales, podrían contribuir a la elaboración de patrones y análisis prác-

ticos para la prevención no solo de acuerdos colusorios, sino también de esquemas más complicados con elementos de colusión y corrupción.

A modo de ejemplo, una de las prácticas más observadas por los MDBs es la implementación de prácticas concertadas y esquemas fraudulentos a través de agentes externos a las empresas licitantes. En efecto, en numerosas ocasiones, al igual que ocurre a nivel nacional, en el campo de los proyectos de desarrollo, las empresas contratan a un agente externo para llevar a cabo diferentes actos de responsabilidad en nombre de la empresa. En este sentido, es bien conocido en el marco de la legislación americana, los llamados *hub and spoke agreements* que son utilizados para cubrir estas situaciones. En el marco de la Unión Europea, a la hora de analizar si una práctica que involucre a un agente es sancionable, es fundamental determinar si se trata de un «agente genuino» o no. En este ámbito, el Tribunal Supremo de Letonia ha remitido recientemente al Tribunal de la Unión Europea una cuestión prejudicial que versa sobre la determinación de si se puede sancionar por *bid-rigging* a las empresas cuando el acuerdo colusorio ha sido implementado por agentes externos que mantienen relaciones comerciales limitadas con dichas empresas ya que no negocian precios en dichas licitaciones⁵⁴.

Pues bien, el escenario que cubre el caso de Letonia, es en el mundo del desarrollo un esquema ampliamente utilizado, particularmente cuando las empresas licitantes son de otra nacionalidad distinta al país donde se licitan las ofertas. Independientemente de la decisión final que emita el Tribunal de la Unión Europea, los MDBs podrían facilitar a las autoridades nacionales multitud de ejemplos que revelan que, de alguna manera, estos esquemas han de ser desmantelados por los efectos que tienen en los mercados. Por tanto, si finalmente el Tribunal de la Unión Europea no considera que existió un cártel, las autoridades nacionales deberían explorar posibles sanciones basadas en el fraude, campo en el que las MDBs tienen una amplia experiencia.

b.3) Evidencia circunstancial y análisis económico

Por último, en lo que a oportunidades en el ámbito sustancial se refiere, tanto las MDBs como muchas las autoridades nacionales de jurisdicciones en desarrollo, tienen el gran reto pendiente de paulatina e incrementalmente ir incorporando análisis económico en sus expedientes sobre acuerdos colusorios.

La naturaleza dinámica del análisis en el ámbito de la competencia ha demostrado que el análisis económico es imprescindible para poder asesorar de manera adecuada y eficaz las prácticas que puedan restringir o elimi-

⁵⁴ <http://at.gov.lv/en/news/about-trials/2014/november/6736-a-preliminary-question-is-referred-to-the-court-of-justice-of-the-european-union-in-the-case-regarding-decision-of-the-competition-council/>.

nar la competencia. Si bien es cierto que es difícil que las MDBs vayan a tener que lidiar con casos en los que haya que determinar si determinados acuerdos verticales son o no anticompetitivos, sí van a tener que enfrentarse a la tediosa tarea de analizar patrones en ofertas de licitaciones públicas. En estos contextos, si bien una formación legal o investigativa puede aportar unos conocimientos mínimos para identificar patrones, las facultades no son las necesarias ni las suficientes para que dichos análisis sean constitutivos de pruebas.

Por ello, es recomendable que tanto las autoridades nacionales como los sistemas de sanciones de las MDBs refuercen la incorporación de economistas que trabajen de manera conjunta con abogados e investigadores para poder construir casos sólidos de colusión.

c) *Oportunidades procesales*

c.1) Programas de clemencia

La comunidad de competencia, con el tiempo, ha dado la razón a la teoría de juegos, y en concreto a la necesidad de utilizar las teorías originarias del dilema del prisionero para luchar contra las prácticas anticompetitivas. Como resultado, la mayoría de sistemas de competencia incluyen entre sus instrumentos para la lucha contra acuerdos anticompetitivos programas de clemencia (*leniency*)⁵⁵. Como es sabido, los programas de clemencia incentivan a las compañías a confesar ante las autoridades de competencia su participación en un cártel y a cooperar suministrando información respecto al mismo, con el fin de obtener inmunidad total o parcial sobre su participación en dicho esquema.

La eficacia de estos programas es incuestionable, incluso cuando la globalización de los sistemas de competencia ha hecho que tanto las autoridades como las empresas sofisticuen sus estrategias de clemencia valorando las eventuales consecuencias multi-jurisdiccionales.

A pesar de la experiencia satisfactoria de los sistemas nacionales de competencia en el uso de programas de clemencia para luchar contra los acuerdos anticompetitivos, los organismos Multilaterales siguen siendo mayoritariamente reacios a su uso. Bajo la premisa de que políticamente las MDBs tienen un compromiso de tolerancia cero hacia la corrupción, la mayoría de los sistemas de sanciones rehúsan la adopción de programas de clemencia, disminuyendo la eficacia de sus sistemas. Y es que muchos de las MDBs consideran que reducir la pena u otorgar inmunidad a un sujeto que ha participado en una práctica prohibida equivale a premiar a agentes corruptos.

A primera vista, la animadversión de los MDBs por incorporar sistemas de clemencia es comprensible. Sin embargo, un análisis más profundo ba-

⁵⁵ www.gwcl.com.

sado en datos demuestra que la negativa de las MDBs a implementar sistemas de clemencia similares a los existentes a nivel nacional no solo ignora el análisis económico y amplia experiencia existente al menos en la lucha contra los acuerdos colusorios, sino que tampoco está justificado desde el punto de vista político. De hecho, consciente de esta necesidad, en 2020 el Banco Mundial adoptó un programa denominado «revelación voluntaria», que es equivalente a los tradicionales programas de clemencia de los sistemas de competencia.

Por un lado, equiparar el uso de programas de clemencia a una renuncia al principio de tolerancia cero hacia la corrupción choca con el hecho de que el 90 por 100 de Estados con sistemas de competencia cuenten con sistemas de clemencia al menos en materia de competencia. Por ello, resulta difícil que los Estados miembros de estos MDBs pudieran oponerse a la adopción de un programa de clemencia similar al que tienen en sus países y que a menudo son aplicados por agencias sub-ministeriales dependientes del ejecutivo.

Por último, considerando los datos económicos que afirman la eficacia del uso de programas de clemencia, sería contrario a las obligaciones fiduciarias de los MDBs negarse la posibilidad de utilizar un instrumento que permitiría detectar acuerdos tan perjudiciales para el desarrollo económico como lo son los acuerdos colusorios en licitaciones públicas, máxime cuando estas licitaciones están destinadas a un objetivo tan loable como es el desarrollo de los países más pobres. Solamente en 2014, se licitaron aproximadamente USD 44.400 millones de préstamos del Banco Mundial, y USD 13.843 millones de préstamos del BID⁵⁶, y sería ingenuo suponer que estas licitaciones no se vieron afectadas por acuerdos colusorios.

Finalmente, tanto el programa del Banco Mundial, así como otros sucesivos que esperemos en el futuro adopten otros MDBs, como los programas de clemencia nacionales podrían mejorarse y beneficiarse mutuamente si como parte de las aplicaciones a dicha clemencia se incluyesen cláusulas por las cuales se dispensase a las autoridades relevantes a compartir información con las MDBs y viceversa (es decir, si se hicieran extensibles los *waivers* entre autoridades de competencia nacionales y las unidades de Integrity de los MDBs).

Si bien se podría argumentar que la inserción de estas dispensas podría actuar como incentivos inversos a los perseguidos por los programas de clemencia, lo cierto es que la existencia de estos programas en múltiples jurisdicciones ya ha tenido efectos, tanto en la estrategia de las multinacionales, como en las estrategias de las autoridades relevantes particularmente considerando la naturaleza voluntaria de estas dispensas. Cabe, por tanto, concluir que una mayor cooperación entre las MDBs y las autoridades na-

⁵⁶ <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/estudios-de-mercados-y-otros-documentos-de-comercio-exterior/DOC2015412824.html>. De hecho, más de USD 380 millones (57 contratos) del BM fueron adjudicados a empresas españolas y casi USD 340 millones de dólares (77 contratos) en el caso del BID.

cionales en el ámbito de los programas de clemencia no haría sino sumar fuerzas en la lucha contra estas prácticas anticompetitivas.

4. BANCOS ABIERTOS O *KNOWLEDGE SHARING*

La última vertiente de los MDBs que puede ayudar al progreso económico está relacionada con la naturaleza de las Multilaterales como organismos de datos para poder operar como bancos de soluciones adaptadas a las necesidades de cada cliente. En otras palabras, la experiencia de los MDBs a través de proyectos y resto de actividades que realizan hace que estos organismos sean grandes centros de datos, que de ser compartidos y utilizados eficazmente, pueden con su mera existencia contribuir a avanzar la agenda de competencia dentro de las prioridades del desarrollo económico en general.

La realidad es que los MDBs se vienen esforzando notablemente en los últimos años en intentar que la información sobre los mismos sea accesible, especialmente a través de sus páginas web. Así, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo mantiene una política de acceso a la información que intenta maximizar la transparencia de sus operaciones, siendo muy escasos los datos que no se hacen públicos.

Pues bien, en línea con la trayectoria de maximizar la información que los MDBs ofrecen a la Comunidad Internacional interesada en el desarrollo, sería recomendable que las Multilaterales se transformasen en verdaderos bancos abiertos cuya información no solo fuese accesible, sino también sistematizada para facilitar análisis derivados de la misma.

Desde el punto de vista de la competencia, son dos los ámbitos que podrían beneficiarse enormemente de la sistematización de la información de los MDBs, a saber: la alineación con otros organismos de desarrollo y el análisis económico a través de los datos de licitaciones públicas.

A. ALINEACIÓN CON OTROS ORGANISMOS DE DESARROLLO

Como señalaba la introducción de este artículo, en el 2015 la Comunidad Internacional se ha comprometido a focalizar sus esfuerzos para que los Objetivos de Desarrollo Sostenible sean un éxito.

Desde la perspectiva de competencia, con el objetivo de maximizar los esfuerzos con los países en vías de desarrollo, sería muy beneficioso que cada MDB aglutinase bajo un mismo techo todos sus esfuerzos en materia de competencia que abarcasen desde los documentos sobre licitaciones públicas, proyectos y cooperaciones técnicas. La sistematización y ordenación de esta información facilitaría considerablemente el diálogo con otras instituciones como puede ser UNCTAD o la OCDE. Sobre todo, ayudaría a encontrar puntos de encuentro y oportunidades para una cooperación más eficaz en la materia.

Adicionalmente, la existencia de esta información facilitaría la labor de la comunidad de competencia para investigar y explorar más detalladamente la dinámica entre políticas de competencia y desarrollo. En efecto, muchas de las cuestiones que se han venido señalando a lo largo de este artículo podrían ser objeto de mayor estudio a través de la información proporcionada por los MDBs.

B. DATOS DE *PROCUREMENT*

Pero no solo la información sobre competencia contribuiría a la comunidad internacional. Uno de las grandes ventajas con la que cuentan los MDBs son los datos sobre licitaciones públicas, que se podrían sistematizar por sectores, mercados, países y regiones.

Por un lado, el estudio de la información sistematizada sobre licitaciones públicas podría contribuir a la búsqueda de soluciones innovadoras para la detección de cárteles, como la identificación de patrones internacionales e intersectoriales.

Por otro lado, el análisis económico de dichos datos permitiría elaborar cálculos más precisos sobre el coste de los acuerdos colusorios en los mercados. De este modo, posteriormente se podrían estimar los daños generados por los cárteles sancionados tanto por los MDBs como por las autoridades nacionales. La publicación de estos datos contribuiría a disuadir a las empresas de cometer prácticas anticompetitivas, y es más, incluso podría favorecer la reclamación de daños y perjuicios no solamente por terceras partes, todo lo cual redundaría en una mayor cultura de la competencia también en los países en desarrollo, favoreciendo en estos el desarrollo de un sector privado sostenible en línea con los objetivos de la Agenda 2030.

5. CONCLUSIÓN

En un marco conducente a lograr el éxito de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo, el análisis presentado en este artículo ha tratado de ofrecer una visión condensada del papel que desempeñan los MDBs a la hora de avanzar las agendas de políticas de competencia en los países en vías de desarrollo, y de presentar los instrumentos con los que cuentan para tal fin. Además, como parte de dichos instrumentos, el artículo repasa los sistemas sancionadores de los MDBs, resaltando oportunidades para una mayor colaboración entre la comunidad internacional y la comunidad de competencia en vista de la necesidad de garantizar el uso eficiente de unos recursos financieros actualmente muy limitados, asegurando el cumplimiento de sus respectivas misiones en materia de desarrollo sin merma de recursos por la vía de prácticas anticompetitivas en la ejecución de sus proyectos.

Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, la política de competencia, desde las distintas vertientes de asesoramiento, régimen sancio-

nador y promoción, forma parte del amplio conjunto de instrumentos de los que disponen los MDBs para contribuir al desarrollo económico de los países clientes con los que trabajan. El objetivo último es asegurar que estos países se beneficien de una mayor competencia a través de mercados abiertos y contestables y sean capaces de atraer al sector privado a sectores claves en los que se necesitan grandes inversiones. Su relevancia dentro del conjunto de instrumentos debe ser necesariamente creciente, especialmente en un contexto de crisis económicas en las economías desarrolladas que ha puesto de manifiesto la escasez de recursos públicos para el desarrollo y la necesidad de movilizar nuevos recursos, principalmente del sector privado, para alcanzar los objetivos de desarrollo en las economías más pobres. La política de competencia constituye en este nuevo contexto un pilar fundamental para crear un entorno propio e incentivador de las inversiones privadas y asegurar que los beneficios de mayor crecimiento y productividad redundan en el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Por tanto, la relación entre una política de competencia eficaz y la lucha contra la desigualdad debe ser explorada y explotada al máximo por los responsables políticos y las instituciones que luchan por una sociedad más próspera e igualitaria. Sin embargo, a menudo pasa desapercibida la importancia de esta herramienta en los países en desarrollo y la existencia de conductas anticompetitivas derivadas de estructuras ineficientes puede mermar la capacidad de los países para atraer nuevas inversiones privadas que resultan fundamentales para fortalecer su tejido productivo. La mera percepción de entornos poco competitivos por la ausencia de un *level playing field* puede condicionar el proceso de movilización de recursos privados, retrasando o impidiendo su contribución al desarrollo de estas economías. De hecho, la evidencia empírica demuestra que el efecto positivo de una política activa de competencia es especialmente relevante en países de bajos ingresos ya que contribuye a que exista una percepción de menores niveles de corrupción y de mayor potencial de la inversión privada.

El éxito de los recientemente acordados Objetivos Sostenibles de Desarrollo dependerá, en alta medida, de la capacidad de la ayuda al desarrollo para facilitar y consolidar el sector privado en los países más pobres. En este contexto, las políticas de competencia no solo adquieren una gran importancia desde el punto de vista teórico, sino práctico también. Como bien ha resaltado el Banco Asiático de Desarrollo, «la aplicación adecuada de políticas de competencia incrementa el atractivo de una economía de cara a la inversión extranjera, y al mismo tiempo, contribuye a maximizar los beneficios que se derivan de dicha inversión»⁵⁷.

Por todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que resulta evidente la imperiosa necesidad de que tanto los organismos internacionales dedicados al desarrollo económico, como los expertos en competencia presten mayor atención a la relación entre desarrollo económico y políticas de competencia. Así, los países en vías de desarrollo podrán beneficiarse

⁵⁷ *Asian Development Outlook 2005*, Asian Development Bank, 2005, p. 270.

enormemente del conocimiento de la comunidad de competencia filtrado por medio de los instrumentos financieros de los MDBs. Y es que, como destacó LEWIS en su famoso libro sobre el poder de la productividad, las «verdaderas grandes» distorsiones a la competencia se encuentran en los países pobres⁵⁸.

⁵⁸ W. W. LEWIS, «The Power of Productivity: Wealth, Poverty, and the Threat to Global Stability», *The University of Chicago Press*, 2005.