

Regulación vs Actividad antimopolios?

Emilio José Archila Peñalosa

Contenido

- I. El punto de partida
- II. **Visión 1.-** ¿Por qué necesitamos normas de competencia?
- III. **Visión 2.-** ¿Por qué necesitamos regular los mercados?
- IV. Dos “tensiones” de un mismo problema.
- V. La Ley 142 de 1994, ¿Una visión de libre competencia o de regulación?
 - > **Caso 1.-** Visión general de la Ley
 - > **Caso 2.-** Las áreas de servicio exclusivo (ASEs)
- VI. El Decreto 2897 de 2010 sobre “*abogacía de la competencia*”
Una oportunidad perdida de dialogo entre las dos visiones.

I. El punto de partida

La visión regulatoria y la visión de la autoridad de competencia son dos mecanismos que compiten por el control de la competencia (Carlton, Picker, 2006).

- ⊙ La **competencia** en el mercado es el mejor camino para satisfacer necesidades que se determinan por las **preferencias individuales**.
- ⊙ El mercado es mucho mejor que el Estado para saber cuáles son las **necesidades de la sociedad**.
- ⊙ La competencia **no se puede inventar, simular, ni hacer parecer**.
- ⊙ Entonces, lo mejor no es que algo “**parezca**” competencia, sino dejarla que exista.
- ⊙ Pero, la **competencia no es un fin sino un proceso**.

II. ¿Por qué necesitamos normas de competencia?

- La libertad de empresa en el sentido amplio, no siempre implicaría que exista competencia. En algunos casos el empresario estaría mejor no compitiendo (abusos de posición de dominio y carteles)
- Como en los partidos de fútbol (un proceso de competencia) el arbitro no debe interferir en el **fin** sino garantizar reglas mínimas en el **proceso**. La competencia dirá quién es el ganador. (Bullard, 2003)
- Esas reglas mínimas son las **normas de competencia**, que se dirigen al **proceso**, garantizando que el mejor **fin** se dé espontáneamente.
- **Si la competencia genera tantos beneficios, entonces lo único que debería hacer el Estado es garantizar que sea “libre” ¿Cómo?**
 - > Eliminando barreras de entrada y de salida que impidan competir.
 - > Absteniéndose de intervenir precios.
 - > Castigando a quienes atenten contra la “libertad”
 - > Necesitamos un –arbitro de fútbol- o una **autoridad de competencia**

III. ¿Por qué necesitamos regular los mercados?

- La gran mayoría de los mercados pueden ser competitivos y por tanto las “normas de competencia” y la existencia de un árbitro que las haga cumplir es suficiente.
- **Pero**, hay algunos pocos casos, (i) la existencia de fallas de mercado, principalmente el “**monopolio natural**” y (ii) fallas de equidad», hacen que sea preciso que se busque un **fin**.
- En estos casos **hay que controlar** el comportamiento de los agentes, lo que implica **limitar la libertad**.
- Hay que simular, **hacer parecer** una solución de mercado para las fallas de mercado y de no mercado para las fallas de equidad. ¿Cómo?
 - > Fijando tarifas
 - > Estableciendo reglamentos técnicos
 - > Estableciendo normas de calidad
 - > Regulando los contratos
 - > Se necesita de un agente, el **Regulador**

IV.- Dos “caras” de un mismo problema

	La visión de la agencia regulatoria	La visión de la autoridad de competencia
Supone que...	Es inevitable la formación del monopolio –natural–.	Hay mas beneficios si se evita el desarrollo del monopolio o se disuelven en los casos en que ya existen
¿Cómo actúa?	Simulando la solución de competencia, sustituyendo el mercado	Promoviendo la competencia, permitiendo el proceso, sancionando las contravenciones
¿En que momento?	Interviene <i>Ex-post</i>	Interviene <i>Ex-ante</i>
¿Contra qué actúa?	Controla la conducta del monopolio natural y otras fallas de mercado	Contra la formación de cualquier estructura distinta a la competencia
	Corrige la coyuntura: Día a día vigila el comportamiento	Corrige la estructura: Ordena escindir la empresa
Problemas de la visión	<ul style="list-style-type: none"> •Hay que tener claro el fin •Opera con información incompleta •Actúa no sobre hechos, sino sobre hipótesis •Suele ser mas costosa 	<p>Se debe proteger el proceso de competencia, como un medio. Solo actúa frente a hechos No puede generar políticas «éticas»</p>

La ley 142, ¿Una visión de libre competencia o de regulación?

- **En la oferta**, la Ley 142 tiene una **visión de libre competencia**.
- La Ley 142 de 1994 elimina necesidad de autorizaciones para prestar un servicio público, lo que significa que las ESPs no tienen barreras a la entrada y que el mercado no se encuentra cautivo (art. 22).
- **En la demanda**, los usuarios pueden escoger **libremente** su prestador (art. 9.2)
- La regulación determina bajo qué condiciones los monopolios naturales pueden alcanzar eficiencia frente a un modelo de competencia cuando son regulados. (*ejm. Saneamiento y energía*).
- En estos casos se pretende que se obtenga un resultado que se asemeje al resultado que se obtendría en competencia. Se olvidan las fallas de equidad.

Un mal ejemplo: Posición de dominio vs monopolio natural

- **Posición dominante:** Es la que tiene una ESP (...) en el mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado. (art. 14.13)
- La presunción ya era anti-técnica:
 - Quienes tienen posición de dominio son destinatarios de prohibiciones adicionales a las del resto de los competidores. Por ello, usarla para para casos de abuso de posición de dominio puede llevar a decisiones equivocadas en que se sancionen comportamientos que no debería serlo.
 - Usar esa definición para regulatoriamente restringir la integración vertical y el porcentaje de mercado que se podrá atender, es aún peor: No responde a ninguna falla de mercado, no responde a ninguna falla de equidad. No había posición de dominio y menos un abuso!

Un buen ejemplo 2: Áreas de servicio exclusivo

- Si existe una falla de equidad: En la ley 142 de 1994 indica que con el **fin** de que la cobertura de los SP se extienda a las personas de menores ingresos, se pueden establecer ASEs en las que ninguna otra ESP pueda competir:
 - > El otorgamiento de una ASE es una limitación a la competencia.
 - > Pero, el **fin** de 100% de cobertura se puede lograr; Se obtienen economías de escala; Se resuelven mucho más fácil los problemas de redistribución de ingreso, puesto que, un solo operador administra los subsidios cruzados.
- Entonces, al otorgar el monopolio, la ASE, **tiene sentido la visión regulatoria. – control ex-post permanente.**

Pero ¿Existe alguna posibilidad para competir si hay un ASE?

- **¡Por supuesto!**: Si no hay competencia **en el mercado**, entonces debería haber al menos una competencia **por el mercado**.
- Esto implica **competir** por obtener la concesión de la ASE (competir en la licitación).
- Al competir por el mercado se garantiza en todo caso la obtención del **fin** (100% de cobertura).
- **En este caso tiene sentido la visión de la libertad de competencia. – control ex-ante.**
 - > **Necesitamos una autoridad de competencia**
- **¿Cómo logramos MAS competencia?**
 - > Dejando que la competencia surja **espontáneamente**.
 - > Eliminando barreras de entrada a la licitación.
 - > Fijando precios máximos y “premiar” al que ofrezca precios mas bajos.
 - > Fijando calidades mínimas del servicio y premiar al que ofrezca mas.
 - > Castigando a los agentes que atenten contra la “libertad” (v.g. que se acuerden precios, que se comprometan a no competir)
 - > Estableciendo en últimas **reglas antimonopólicas**.

Es necesario el dialogo de autoridades de competencia y agencias de regulación

Matamos el tigre y nos asistamos con el pellejo: En la ley 1340/09 se consagró la abogacía de la competencia. En el decreto 2897 de 2010 se restringió mucho la institución:

- > La autoridad de competencia puede emitir conceptos **no vinculantes** sobre actos administrativos de autoridades de regulación. Pero:
 - > La oportunidad es muy tarde en el proceso de formación de opinión.
 - > Se excluyen las decisiones particulares
 - > Excluye el deber de información a la SIC de ciertas autoridades regulatorias (art. 2).
- > Tiene una visión reducida respecto de los actos que inciden en la libre competencia (art. 3).
- > Establece excepciones muy amplias para no informar a la SIC (art. 4)
 - Excluye por ejemplo, informar sobre ASEs en servicios públicos.
- > Establece una evaluación modelo (diseñada por la SIC) que abre la puerta a que la SIC no pueda pronunciarse sobre la evaluación. (art. 6)
 - Si la evaluación es contestada negativamente, no se envía el acto a la SIC
- > Hay fuertes incentivos para “manipular” las respuestas del cuestionario y por tanto omitir la información a la SIC.

Emilio José Archila Peñalosa

earchila@archilaabogados.com

earchila@uexternado.edu.co