

Mercados Regulados y Libre Competencia

I. ¿Cuándo estamos frente a un “mercados regulado” o cuándo el mercado requiere de regulación económica?

- En un paradigma de mercado perfecto, obviamente la regulación económica de mercados no sería necesaria: pluralidad de oferentes, fluidez de la información, nulos costos de transacción, capacidad ilimitada de demandantes de internalizar costos.
- En el paradigma contrario, del monopolio natural, en que es sabido que el interés del monopolio no es necesariamente consistente con el interés social, parece razonable generar una regulación económica *ex ante* destinada a precaver conductas abusivas, proteger la libertad económica de los consumidores y facilitar la eficiencia social.
- Regulación económica se fue extendiendo a lo largo de S. XX a mercados con determinadas características (en muchas ocasiones identificados con servicios públicos de previo control estatal)
 - o Propiamente monopolios naturales por cuestiones tecnológicas
 - o Caracterizados por infraestructuras de red (importantes economías de escala, de red o de densidad)
 - o Con bienes escasos necesarios de administrar (espectro radioeléctrico)
 - o Con asimetría importante de información
- ¿Y cómo actúa la regulación económica? Con la regulación *ex ante* necesaria para reducir estas distorsiones, emulando en lo posible una situación competitiva:
 - o Fijaciones de precio (protección consumidores y búsqueda eficiencia social asignativa)
 - o Obligaciones de interconexión
 - o Restricciones a priori a niveles de concentración o participación en determinados mercados
 - o Últimamente obligaciones de acceso abierto a infraestructura (desagregación)
- Instrumentos jurídicos: contratos forzosos (interconexión), limitaciones a los derechos de propiedad (desagregación redes, incompatibilidad participación en mercados), fijación de estipulaciones del contrato (precio).
- Objetivo de la regulación económica de estos mercados era y sigue siendo *“incrementar la eficiencia con que la economía opera, por la vía de replicar un mercado perfectamente competitivo, buscándose con eso lograr mejorías sustanciales respecto de aquello que hubiera prevalecido en ausencia de la intervención gubernamental”* (Viscusi, Harrington y Vernon, 2005). En el mismo sentido, Ariño, 2005.
- Restringiendo *a priori* y por medio de normativa de carácter general los derechos de los unos en pro de la posibilidad de ejercicio del derecho de los otros. (Alan Stone, 1982, *“limitación impuesta por el Estado a la discrecionalidad con que pueden actuar personas o empresas, sustentada por la amenaza de una sanción”*).

II. La mirada crítica de la regulación económica.

- La regulación perfecta, así como la competencia perfecta son modelos inalcanzables.
- Robert Stigler mostraba ya en los años 70 la existencia de “fallas en la regulación” así como existen “fallas de mercado” y la necesidad de efectuar un análisis de costos-beneficios al momento de evaluar una regulación: riesgo de que no logre maximización del bienestar social. Charles Wolf incluso mostraba que las fallas de la regulación podían ser superiores a las del mercado.

- Las razones de las fallas de la regulación son varias:
 - o Limitada racionalidad del regulador, especialmente para regulaciones estáticas en el mediano plazo (fijaciones de tarifas)
 - o Asimetrías de información
 - o Captura del regulador (“capturado” por los intereses económicos del regulado)
 - o Sobre reacción del regulador frente a conflicto puntual
 - o Incapacidad de prever dinamismo en mercados que paulatinamente se alejan del paradigma del monopolio natural
 - o Inercia de la regulación: tendencia a mantenerse a pesar de evolución de los mercados hacia niveles mayores de competencia
 - o Abusos de discrecionalidad por parte de administración
- La discusión actual, la de inicios del S. XXI, es la de cuándo mantener la regulación económica y cuándo retroceder en ella, dejando a los mercados sujetos a la normativa general de defensa de la competencia (ilustrativas discusiones de últimas reuniones de OECD). Riesgo regulatorio se puede reflejar en riesgo país, especialmente en economías más pequeñas (Banco Mundial).
- Mercados sujetos a la normativa general: se confía en la competencia como mecanismo para producir eficiencia social y tutelar el efectivo ejercicio de la libertad económica de las partes y se reserva sanciones para casos de abusos en la posición de dominio, concentraciones con potencialidad real de alcanzar posiciones monopólicas o acuerdos colusorios.
- Premisa que sugiero seguir: cuando el mercado puede presentar episodios de infracción a las normas de la libre competencia, que puedan resolverse por medio de medidas que permitan restituir al mercado a un estado de competencia adecuada, en que los precios y niveles de producción se puedan definir por las dinámicas de la competencia, deben seguirse los mecanismos de la libre competencia. Pero los órganos de la competencia no son aptos para administrar soluciones de largo plazo, que requieren fiscalización permanente: la regulación económica permanente se requiere frente a fallas de mercado persistentes, cuando por medio de medidas de sanción o reparación, el mercado no puede volver a un estado competitivo.

III. Algunas interacciones relevantes entre regulación económica y normativa de libre competencia en Chile

III.1. Primera Interacción. ¿Intervención de organismos de libre competencia respecto de conductas ya reguladas?

- Materia que produce natural conflicto entre órganos reguladores y organismos de la competencia.
- La regulación no puede inhibir la intervención de los órganos de la competencia, especialmente en cuanto la regulación mantiene ámbitos de libertad que deben quedar bajo el escrutinio de los órganos de la competencia.
- Casos en UE: Deutsche Post y Deutsche Telecom.
- Recientes casos: requerimiento FNE contra empresas sanitarias / CTC-Voissnet.

III.2. Segunda Interacción. Sujeción de la autoridad (entre ellas, la fiscalizadora o la generadora de políticas públicas) a la regulación de libre competencia

- Respuesta positiva tradicional en nuestro derecho antimonopolios, muy bienvenida (ejemplo clásico, Resolución N°584 sobre WLL).

- Probablemente generada por inexistencia de jurisdicción contencioso-administrativa
- Pasa a ser parte de nuestro principio constitucional de juridicidad.
- Cuidado con precedente que podría generar sentencia de la Corte Suprema de marzo 2006 (Municipalidad de Cauquenes: sujeción a Tribunal de Contratación, aplicación de normas de derecho público: ¿acaso DL 211 no es norma de derecho público?).
- Podría derivar en falta absoluta de control de las decisiones administrativas en sede de libre competencia.

III.3. Tercera Interacción. Carácter en parte regulador de nuestros organismos de la competencia: participación en políticas públicas y en su ejecución

- El TDLC goza de las llamadas “funciones administrativas” (Valdés, 20006) ahora denominadas no contenciosas. Tiene naturaleza jurídica híbrida más allá de su denominación de “Tribunal”. Ejemplo de esas funciones: instrucciones de carácter general (regulación de tasa de interés de casas comerciales en su momento) o determinación del carácter competitivo del mercado para efectos de fijaciones tarifarias.
- Pero incluso en el ámbito jurisdiccional TDLC va más allá de función de justicia correctiva o conmutativa clásica. Frecuentemente fija en sus sentencias condiciones que exceden la corrección del injusto particular o la restitución del estado del mercado a la situación previa a la del injusto. Ejemplos hay muchos: obligaciones de desprenderse de activos, restricciones a futuras concentraciones, compromisos de inversión, obligaciones de acceso abierto a infraestructura, imposición de separación estructural de sociedades, etc.
- Al actuar de tal manera, el TDLC se aleja de las clásicas funciones de un tribunal y actúa, en los hechos, fijando regulaciones que en ocasiones requieren incluso de permanente fiscalización. (“Regulatory Antitrust”: Cave, 2006). Peligros: entrar en ámbitos propios de la regulación, fijar condiciones de difícil fiscalización para quien no es regulador especializado, e incluso falta de control jurisdiccional en los hechos sobre esas decisiones.
- Una mirada extraída del realismo jurídico norteamericano parece especialmente apta en estas materia: para los agentes económicos involucrados, la regulación aplicable no sólo será su propia normativa económica, los tipos generales del DL211, sin que también la expectativa fundada de lo que fallará el TDLC respecto de las conductas que estén evaluando desarrollar

III.4. Cuarta Interacción. Uso de instituciones nacidas de la regulación económica por organismos de la competencia debe ser cautelosa. Vice versa en lo que se refiere a extensión por el regulador de extensión de decisiones judiciales dictadas con efectos particulares. El ejemplo del acceso abierto y la desagregación.

- Se ha visto que las características particulares de los mercados regulados justifican la imposición de obligaciones especiales y especialmente restrictivas. Es el caso de las obligaciones de acceso abierto, que en su versión regulatoria son más restrictivas que en la jurisprudencial. Lo reconoce la “Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector” de la UE (2002): *“ONP Directives impose on telecommunications operators having significant market power obligations (...) that go beyond those that would normally be imposed under Article 86”*.
- Organismos de la competencia deben actuar con prudencia al asimilar regulaciones propias de mercados regulados y traspasarlas a mercados que no cumplen esas características: efectos sociales pueden terminar siendo perjudiciales, desincentivos a la innovación y la

inversión, etc. Así por ejemplo en calificación de instalación esencial y asunción de efectos atribuidos a instalaciones esenciales en las regulaciones económicas.

- La vuelta de mano: las obligaciones derivadas de la dictación de sentencias en casos de libre competencia no pueden asumirse por el regulador como un antecedente para regular con efectos generales (ejemplo: regulación de acceso a operación en mercados financieros o desagregación de redes en industria de telecomunicaciones).

III.5. De todo lo dicho se deriva lo esencial que resulta el desarrollo de mecanismos de coordinación entre las autoridades reguladoras y los organismos de defensa de libre competencia, para que la regulación económica de mercados resulte en una mayor eficiencia social desde la perspectiva de la libre competencia.

- Existen hoy algunos mecanismos previstos en la legislación: facultad de TDLC de proponer modificación o derogación de normas que estime contrarias a la libre competencia; facultad de TDLC de declarar ilegalidad de normas jurídicas por violación de libre competencia (conf. III.2.).
- Existen también en los hechos mecanismos de coordinación informal.
- Pero la actuación a posteriori de parte del TDLC incrementa costos de transacción y reduce eficiencia de la intervención; informalidad de otros mecanismos no coopera a transparencia con que debe tratarse dictación de normas legales y reglamentarias.
- “*Competition Advocacy*”. Discusión nuclear hoy en países desarrollados y en organismos internacionales. (Wish, 2005: “*It is noticeable that in recent years ‘competition advocacy’ has been growing as one of the crucial responsibilities of competition authorities –to comment and where appropriate to criticise restrictions of competition for which the state is responsible.*”).
- Recomendable generar mecanismos formales de coordinación para que, en el marco de la dictación de normas legales o reglamentarias, se emita a priori, de forma pública, obligatoria y transparente la opinión de organismos de defensa de la competencia respecto de normas de regulación económica. Reduce costos de transacción y coordinación, maximiza eficiencia de regulación económica e incrementa valor de coexistencia de reguladores económicos y antimonopolios. Regulador económico que no siga opinión de las autoridades de libre competencia tendrá la carga pública de la argumentación.

IV. Algunas conclusiones

1. La regulación económica de mercados se justifica para mercados con fallas estructurales, que requieren de una permanente fiscalización y cuyos problemas de competencia no se pueden resolver por medio de sentencias particulares dictadas por un Tribunal. La regulación económica de mercados distintos a los anteriores debe evaluarse con extrema prudencia, así como la mantención de la regulación económica para mercados que hayan evolucionado hacia un estadio competitivo.
2. Dada la coexistencia de las instituciones reguladoras y de libre competencia, es indispensable una adecuada coordinación entre órganos reguladores y las autoridades de la competencia, de manera que los primeros usen adecuadamente los conceptos propios de la libre competencia y eviten regulaciones que incorporen ineficiencia a los mercados, y los segundos no produzcan, a propósito de sus sentencias, normativas con efectos generales y de difícil fiscalización.
3. Los órganos de la competencia deben ser cuidadosos en no traspasar las lógicas de la regulación económica de mercados a industrias que no presenten las características que

justifican la regulación. Así como se conoce que el TDLC mantiene una premisa de “no fijar precios”, esa premisa debiera extenderse a no imponer a los mercados regulaciones propias de industrias reguladas por sus fallas estructurales (Vg. acceso abierto). Al mismo tiempo, el regulador no debiera generar sus regulaciones a partir de decisiones de casos concretos, sino que de un análisis técnico de las características de los mercados involucrados y la necesidad de su disciplina *ex ante* y generalizada por medio de la regulación económica.