

BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

BOLETIM LATINO-AMERICANO DE CONCORRÊNCIA

Nº 34 - extra

Febrero 2014

<http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/>



El Análisis del Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza

por Enrique González

Análisis del Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza

Por Enrique González¹

El presente documento constituye un ejercicio de análisis económico del derecho, aplicado al Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza (en adelante proyecto de ley contra los monopolios o ley antimonopolio). La intención de la aplicación de metodologías de análisis económico y metodologías de análisis coste-beneficio a los proyectos de ley, tienen por objetivo permitir a la sociedad que pueda valorar los impactos positivos y negativos de una ley antes de su aprobación y aplicación. Tal pretensión y evaluación permitiría a la sociedad, tomar decisiones de diseño y aprobación de normas, siempre y cuando su efecto neto sea positivo para la sociedad.

Dado que el proyecto de ley contra los monopolios tendría aplicación transversal sobre cualquier sector económico, un análisis y valoración de este proyecto de ley podría tener una enorme importancia para la sociedad venezolana.

- 1.- Marco Normativo. Fines y Objetivos del Proyecto de Ley: Agentes Económicos Afectados
- 2.- Observaciones Particulares sobre los artículos más relevantes del Proyecto de Ley
- 3.- Sugerencias para el Análisis de Políticas Públicas y Regulatorias de OECD
- 4.- Análisis Costo Beneficios:
- 5.- Alternativas de Política Pública y/o Regulatoria:
- 6.- Conclusiones

1.- Marco Normativo

Sobre los Fines y Objetivos del Proyecto de Ley:

La presente Ley tiene por objeto fomentar el desarrollo económico armónico y sostenible del aparato productivo nacional, la democratización de la economía nacional y de toda la vida social, la consolidación de los principios de corresponsabilidad, equilibrio, cooperación, solidaridad, sostenibilidad y eficiencia que rigen el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela, en las actividades ejecutadas por los agentes que intervienen en la economía nacional, mediante la prevención, corrección, eliminación, prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas y, en general, de todas aquellas prácticas que afecten o pueda impedir, restringir, falsear o limitar, la efectiva inserción y participación de todos los productores, distribuidores, comercializadores de bienes o prestadores de servicios, independientemente de cuál fuese su forma de asociación conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a continuación sentaremos las bases normativas de lo que representa una regulación d competencia, qué bien tutela y cuál debe ser la orientación en su diseño y redacción. Realizaremos una especie de introducción al tema toda vez que cuando se analice

¹ Director del Centro de Estudios y Análisis de Políticas Públicas y Regulatorias (ceapre)
www.ceapre.com ; < enriquergp@yahoo.es >

artículo por artículo se presta especial atención a los errores o deficiencias que se encuentran presentes a lo largo del proyecto de Ley.

Lo primero que hay que establecer es una definición ampliamente aceptada respecto a qué es la regulación de competencia. La política y regulación de competencia suele constituir una política regulatoria de protección de la competencia como medio intermedio para que los mercados potencialmente competitivos, ante ausencia de mayores fallas de mercado, resulte eficiente y permita a la sociedad acceder al máximo bienestar social. Sin embargo, como suele ocurrir con muchas políticas públicas y regulatorias, los objetivos finales, como sería maximizar el bienestar social, no puede ser alcanzado de forma directa o vía decreto, sino por medio del fomento de un objetivo o medio intermedio, como en este caso la competencia en el mercado. En específico, la regulación de competencia tutela a la eficiencia económica por constituir un bien social que permite y coadyuva a que la sociedad alcance mayores estadios de bienestar social. En el caso particular de la regulación de competencia, la protección de la eficiencia económica como bien social, se realiza a través del fomento y la protección de la competencia para que los mercados alcances desempeños y resultados eficientes. Toda vez que en los mercados competitivos, los intercambios entre oferentes y demandantes llevan a la sociedad al máximo bienestar social; la regulación de competencia tiene por finalidad proteger la competencia como una vía, un medio o un canal que permite alcanzar eficiencia en los mercado y por ende maximizar el bienestar social mientras se protege a los consumidores finales y al interés público.

La regulación de competencia o antimonopolio, constituye una regulación de conducta, lo que implica la definición de una serie de tipificaciones de conductas empresariales como prohibidas por lesionar la competencia, la eficiencia económica en los mercados y el bienestar social. En este sentido, la regulación de competencia constituye una regulación ex post, una vez ha sido desplegado alguna práctica que la regulación la prohíbe como un ilícito económico o como una conducta prohibida.

Agentes Económicos Afectados ante la Aprobación e Instrumentación del Proyecto de Ley contra los Monopolios:

El ámbito de aplicación del proyecto de ley, según lo establece el artículo 2 resulta sobre todas las actividades o actos ejecutados y/o celebrados por los agentes que intervienen en la economía nacional en las etapas de producción, distribución y comercialización de bienes o la prestación de servicios. Siendo que el ámbito de aplicación es irrestricto sobre cualquier agente económico y sector de la economía nacional, aguas arriba y aguas abajo; todos los agentes económicos son potenciales afectados por la aplicación del proyecto de ley. Más allá, toda vez que la regulación de competencia tutela materia de interés público, sus actuaciones deben circunscribirse a casos en los cuales podría verse afectado negativamente el bienestar social. Lo anterior permitiría aseverar que los afectados y/o beneficiados por la aplicación de la regulación de competencia, siempre y cuando tutele materia de interés público, serían toda la sociedad.

Sin embargo, el prejuicio en contra de los mercados concentrados, que puede desprenderse de la redacción del proyecto de ley, hace pensar que de aprobarse el proyecto de ley, existirá un especial ensañamiento en contra de empresas grandes o transnacionales. Lo anterior podría tener efectos negativos especialmente en aquellos sectores económicos caracterizados por

empresas de cierta escala, donde existen importantes economías de escala o aquellos caracterizados por la presencia de empresas transnacionales.

2.- Observaciones Particulares sobre los artículos más relevantes del Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza

Primero realizaremos un repaso y análisis de los argumentos expuestos en la exposición de motivos del proyecto de Ley, en específico lo referido a disposiciones constitucionales que hacen referencia a la materia de regulación de competencia y que le darían rango de este nivel a esta materia regulatoria. En específico, la exposición de motivos hace especial mención al artículo 113 de la constitución nacional.

La disposición contenida en el **artículo 113 de la Constitución** de la República Bolivariana de Venezuela, que reza textualmente:

“Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.”

Este artículo debe ser interpretado en contexto y basado en el resguardo de la naturaleza regulatoria a la cual obedece. El propio artículo contextualiza que son las conductas abusivas de una posición de dominio lo que estaría siendo regulado.

Inclusive queremos destacar que el artículo tipifica a las conductas por sus efectos, lo cual es notablemente importante porque echa por tierra la posición de prohibición absoluta de los monopolios y las estructuras.

En este sentido, si bien pudo constituir un avance constitucional el otorgarle tal rango a la materia de competencia o más precisamente a la política y regulación de competencia; no debe interpretarse tal disposición literal y exclusiva en su primera línea, sino enmarcada en el tipo de política pública y regulatoria a la cual obedece.

Toda vez que el monopolio constituye una situación de mercado e incluso un modelo de mercado muy bien definido y contextualizado, que dicho sea de paso no constituye un ilícito económico per se, no queda sino interpretarse el mandato constitucional como la necesidad de contar con un instrumento regulatorio que responda al concepto, al origen y al estado del

arte del conocimiento económico sobre lo que constituye una regulación antimonopolio o de competencia.

La regulación antimonopolio, denominación proveniente del common law, o si se prefiere la regulación de competencia, proveniente del derecho europeo continental, no tiene una interpretación literal de prohibición absoluta de los monopolios y de las estructuras de mercado.

Más allá, las situaciones de monopolio natural cuentan con políticas regulatorias particulares distintas a la regulación de competencia. Sin embargo, ambas políticas regulatorias resultan complementarias y nunca sustitutas ni excluyentes, resguardando ambas el mismo objetivo regulatorio, la eficiencia económica por constituir un bien social.

Los monopolios naturales se encuentran caracterizados por poseer tecnologías de producción que determinan estructuras de costos subaditivas -economías de escala y de alcance simultáneamente-, así como una demanda que cierra el mercado para un único operador. En estos casos, resulta socialmente deseable que solo un operador o productor opere en el mercado porque garantizaría los menores costos medios.

Lo mismo suele ocurrir en mercados que gozando de economías de escala y de alcance, pero poseyendo una demanda lo suficientemente grande, permite un número reducido de competidores. Estos mercados conocidos como oligopolios naturales, al igual que en el caso del monopolio natural, los operadores actuarán con costos medios menores a los que arrojaría un mercado más atomizado.

Es así como los mercados pueden estar cerrados vía demanda y por la tecnología productiva, por lo que mal podría considerarse culpables quienes operen en este tipo de sectores.

Más allá, dado que en estos mercados resulta más eficiente o menos costoso que opere un único oferente o un reducido número de estos, el Estado o regulador podría estar interesado en que así sea. Es así como en estos casos, cuando el monopolista o el operador marginal opera a una escala superior a la escala Mínima Eficiente, el Estado impone un régimen de competencia limitada, para garantizar la estabilidad de la estructura concentrada, así como la entrada previa, permanencia y sostenibilidad de los operadores u oferentes suficientes.

Asimismo, si el Estado o un regulador pretende imponer una estructura más atomizada, creará ineficiencias, forzará a mayores costos medios y condenará a la sociedad a tener que financiar las doble-acometidas innecesarias, directamente vía mayores precios o indirectamente vía transferencias provenientes de tributos.

Adicionalmente, existen mercados en los cuales la propia demanda refuerza, por sus preferencias y aceptación, la posición de dominio o incluso un monopolio. Un caso típico son los mercados conocidos como *The-Winner-Takes-All*, referidos a los sectores de la nueva economía, cuando se impone el estándar o la tecnología de uno de los oferentes y se generan masas críticas y efectos de red directos -compatibilidades entre los usuarios, por ejemplo compatibilidad de software-. Sin embargo, lo anterior no implica que no haya existido una férrea competencia por el mercado, ex ante, antes que se impusiera una tecnología, un operador o un oferente en el mercado. De hecho, la teoría de los contratos exclusivos explica

como los demandantes podrían exigir, ex ante, compensaciones por incursionar en un tipo de tecnología, un estándar o un contrato de exclusividad ofrecido por uno de los oferentes (lo anterior quiere decir que los supuestos o eventuales costos de cambio deberían ser más que compensados por el oferente ganador del estándar a la hora de la entrada en el mercado).

Un ejemplo de libro texto sobre como los monopolios no son necesariamente negativos lo constituye el diseño de los teclados de los ordenadores. Aun cuando pudiera existir un eventual diseño más eficiente, el hecho cierto es que nadie estaría dispuesto a comprar un teclado con un diseño distinto a los convencionales conocido como *QWERTY*.

Particularmente en los sectores de servicios de red, dada su tecnología y la demanda, existe un cierre parcial del mercado, siendo eficiente y pudiendo existir un reducido número de oferentes.

Es así como los reguladores sectoriales e incluso los reguladores de competencia consideran como estructura *benchmark* y eficiente, al oligopolio. Adicionalmente, posteriormente al aporte analítico realizado por Scheinkman y Kreps (1983), a través de un modelo de dos etapas, determinándose la capacidad instalada en la primera y compitiendo a la Bertrand en la segunda, el resultado es de Cournot; haciendo al oligopolio un *benchmarking* normal para cualquier mercado –especialmente para aquellos sectores caracterizados por la presencia de importantes activos fijos y economías de escala-.

En términos académicos –lo que puede servir de fundamento y marco teórico referencial en nuestro presente análisis-, el prejuicio en contra de las estructuras concentradas de mercado le fue refutada a la Escuela de Harvard por la Escuela de Chicago, desde los años 70s y 80s. El hasta cierto punto ingenuo paradigma Estructura-Conducta-Desempeño y la Hipótesis de Diferencial Colusorio de la Escuela de Harvard, basada fundamentalmente en el modelo bipolar de monopolio y competencia perfecta, fue refutado por la escuela revisionista de la economía industrial o Escuela de Chicago. La escuela de Harvard defendía la Hipótesis de Diferencial Colusorio que planteaba que mientras más concentrado un mercado más colusión existiría en el mismo y por tanto mayor debería ser la rentabilidad promedio en dicho mercado. Sin embargo, la escuela de Chicago refutó tal posición por medio de su Hipótesis de Diferencial de Eficiencia. Esta hipótesis plantea que en mercados en los cuales existe una empresa líder, ésta, siendo más competitiva o eficiente, por poseer mayor escala -por ejemplo por ser un *first mover*- poseerá mayor participación de mercado y por tanto al calcular un promedio ponderado del sector, la rentabilidad media será superior. En el caso anterior, una rentabilidad promedio mayor no responde en ningún momento a abusos, explotación o colusión, por el contrario por el hecho de existir una empresa eficiente, esta será más competitiva y ostentará una mayor participación de mercado así como rentabilidad -especialmente si nos estamos refiriendo a un mercado de pool donde el operador marginal determina el precio del mercado- determinando un mayor promedio ponderado de la rentabilidad. Sancionar la estructura terminaría castigando a mercados y operadores eficientes. El modelo de competencia perfecta es teórico y referencial, mientras que los mercados suelen contar con cierta concentración por cierre del mercado vía demanda. Prohibir y condenar algo tan genérico como conductas monopolísticas y oligopólicas, sin contar con tipificaciones específicas ni resguardo de la eficiencia económica implicaría el riesgo de sancionar a todos los agentes económicos en todos los mercados y sectores de la economía (especialmente en la República Bolivariana de Venezuela donde los mercados son pocos profundos y por tanto las estructuras tienden a ser concentradas y/o oligopólicas).

La regulación de competencia y la regulación económica resultan complementarias, encargándose la primera de regular ex post las conductas que restringen a la competencia como instrumento intermedio para alcanzar la eficiencia económica en los mercados competitivos o potencialmente competitivos. La regulación de competencia no regula, mucho menos prohíbe a la estructura de los mercados. Así las cosas, como lo destaca el profesor Massimo Motta (2004)², no puede ni debe existir una prohibición de conductas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el segundo caso cuando se trata de conductas no cooperativas.

De hecho, la regulación de competencia tiene o debería tener tan bien definido su ámbito de actuación que las prácticas de explotación monopólicas no suelen estar prohibidas por este tipo de regulación, sino ex ante por la regulación económica de los monopolios naturales, la cual por cierto nunca los prohíbe, ni los separa en pequeñas unidades productivas. La regulación de competencia suele proteger al consumidor final de forma indirecta al disuadir prácticas excluyentes, discriminatorias, así como prácticas que aumenten las barreras o los costos de los rivales o prácticas monopólicas relativas y cierre de mercado por medio de prácticas exclusivas (valga destacar que como la regulación de competencia protege a la eficiencia económica, el análisis debe estar basado en la regla de la razón, estimando eficiencias netas a favor de la sociedad, ya que muchas de estas prácticas corporativas gozan de presunción de legalidad y eficiencias).

En el caso de discriminación de precios debe tenerse mucho cuidado con incluir prohibiciones absolutas porque existe la posibilidad de que resulten socialmente eficientes y progresivas, especialmente en los sectores de servicios de red. Asimismo, debemos recordar que tanto la regulación de competencia como la regulación económica tutelan y protegen a la eficiencia económica.

Así las cosas, dado que el monopolio puede ser inevitable, incluso socialmente deseable o puede estar determinado exógenamente y no debido a conductas, e incluso puede estar reforzado por las preferencias de los consumidores; lo que atiende la regulación de competencia son las conductas abusivas de una posición de dominio, que resulten restrictivas a la competencia y generan efectos negativos sobre la sociedad.

Artículos del Proyecto de ley:

La Asamblea Nacional se encontraría dispuesta a iniciar la segunda y definitiva discusión del Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza. De este nuevo Proyecto ya existen dos versiones, uno que habría sido presentado el 25 de mayo de 2012 y una nueva versión del 12 de junio de 2012. En esta última versión conocida públicamente, se intentó hacer un cambio cosmético dada las enormes críticas que sobre el Proyecto original se realizaron, especialmente aquellas referidas al absurdo que implica eliminar a los sujetos de derecho público de su aplicación, toda vez que esta norma debería proteger el interés público o el bienestar social.

² Motta Massimo: Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge Press. 2004.

A lo largo de la redacción del Proyecto de Ley se identifica una serie de deficiencias y errores que alejan enormemente al Proyecto de lo que debería ser y lo que debiera proteger una regulación de competencia.

En el propio artículo 1 sobre el Objeto de la Ley se viola la naturaleza regulatoria de cualquier regulación de competencia o antimonopolio. El mencionado artículo establecería:

“La presente Ley tiene por objeto fomentar el desarrollo económico armónico y sostenible del aparato productivo nacional, la democratización de la economía nacional y de toda la vida social, la consolidación de los principios de corresponsabilidad, equilibrio, cooperación, solidaridad, sostenibilidad y eficiencia, que orientan el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela en las actividades ejecutadas por los agentes que intervienen en la economía nacional, mediante la prevención, corrección, eliminación, prohibición y sanción de los monopolios, oligopolios y, en general, de todas aquellas prácticas o conductas que afecten o pueda impedir, restringir, falsear o limitar, la efectiva inserción y participación de todos los productores, distribuidores, comercializadores de bienes o prestadores de servicios, independientemente de cuál fuese su forma de asociación de acuerdo con el ordenamiento jurídico, generando un perjuicio real o potencial al bienestar general de la población, afectando el desarrollo y la seguridad económica integral de la Nación.”

Tal redacción violenta el objetivo y el bien social que tutela la política y regulación de competencia –la eficiencia económica- e incluso desconoce el medio o instrumento intermedio que suele utilizar para protegerla –la competencia en el mercado-. A lo largo de la redacción del artículo 1 sobre el objeto de la Ley se omite en todo momento el término competencia. De hecho, parece querer sustituirse el término competencia por “la efectiva inserción y participación de todos los productores, distribuidores, comercializadores de bienes o prestadores de servicios”.

Sin embargo, el hecho cierto es que la política y regulación de competencia no tiene por objeto proteger a oferente o competidor alguno, al menos no de forma particular, sino de forma indirecta y colectiva, al fomentar la competencia, garantizando la entrada y permanencia de aquellos oferentes o agentes económicos que al ser más eficientes, le ofrecen el beneficio a la sociedad de un menor consumo de recursos y costos, permitiendo ofrecer mayor cantidad de bienes y servicios a mejores precios y calidades.

La redacción propuesta en el Proyecto de Ley no constituye un simple problema de semántica o retórica, por el contrario, implica vulnerar nada más y nada menos que el modelo económico de mercado y las libertades económicas garantizadas constitucionalmente. La imposición administrativa de “inserción” en el mercado, independientemente que el agente económico no sea eficiente, produzca o no lo que el mercado y los consumidores requieren, constituya o no un proveedor confiable de insumos o de bienes de consumo final; constituiría un acto de arbitrariedad burocrática que condenará a muerte el modelo de mercado y las libertades económicas en Venezuela.

Adicionalmente, “la prohibición y sanción de los monopolios y oligopolios” que se desprende de los artículos 1, 10 y 11 sobre el Objeto de la Ley, Prohibición General, Prohibición de los

monopolios, oligopolio, monopsonios y oligopsonios, respectivamente, constituyen una prohibición absoluta o per se de la estructura o concentración del mercado.

La regulación de competencia constituye una regulación económica de conductas, ex post y nunca una regulación ex ante contra la estructura de los sectores económicos o los mercados. La naturaleza regulatoria primero que nada protege a la eficiencia económica por constituir social, por lo que todos deberían ser sujetos de aplicación y no debería existir exención alguna –incluso en el caso de personas de derecho público- y segundo, la competencia constituye el medio intermedio para resguardar, garantizar y/o perseguir el máximo bienestar social, con lo que la regulación constituye una amenaza creíble disuasiva de conductas restrictivas a la competencia.

En ningún país del mundo se cuenta con una redacción, doctrina o jurisprudencia en materia de regulación de competencia, que cuente con una prohibición de la concentración del mercado, porque lo que verdaderamente preocupa es si efectivamente se están desplegando conductas abusivas de una posición de dominio que se entiende atenta contra el bienestar social.

Aun en el caso del análisis y evaluación de las operaciones de concentración económica, el cual constituye ciertamente un área de solapamiento entre la regulación económica y la regulación de competencia; en el caso de la última, la evaluación debe estar basada en los efectos netos y no exclusivamente en el nivel de concentración del mercado.

La estructura y el nivel de concentración de los mercados no pueden estar sancionados por el simple hecho que en muchas ocasiones se encuentra determinada de forma exógena o por una demanda poco profunda y no necesariamente porque se esté desplegando conductas restrictivas a la competencia. Esta visión anacrónica y en desuso basado en el modelo bipolar de competencia perfecta y monopolio, así como en el paradigma Estructura-Conducta-Desempeño –el cual propone que la estructura determina las conductas y el desempeño del mercado, lo cual parte de cierta simpleza teórica y de una explicativa unidireccional no siempre cierta de la estructura sobre las conductas y el desempeño- terminará castigando la sociedad en su conjunto y muy especialmente a los consumidores finales.

Por otra parte, el hecho que se haya eliminado el Parágrafo Único del artículo 3 donde se excluía a las personas jurídicas de derecho público y se haya redactado un artículo 78 del Título VI de las Exclusiones, Autorizaciones y Concesiones donde se mantiene un régimen de exclusiones, más allá de ser una triquiñuela, constituye una violación del interés público que atenta en contra de los consumidores finales y el bienestar social.

Asimismo, aun cuando por razones asociadas al costo político, fuese removida cualquier disposición de exención de las actividades, acciones o empresas públicas de la aplicación de la Ley, en detrimento de un derecho que debiera tener la sociedad de contraloría sobre las acciones públicas a favor del bienestar social; existe una enorme debilidad de la sociedad ante un Gobierno que es juez y parte.

La Superintendencia Nacional Antimonopolios y Contra Prácticas Similares (SUNAM) será un ente administrativo adscrito al Ejecutivo nacional, en específico al ministerio para el Comercio. Por otra parte, existen numerosísimas empresas, actividades y políticas públicas que desarrolla el Ejecutivo nacional enfocadas a producir, comprar y vender bienes privados

de consumo privado. Una de estas figuras la constituye Mercal, la cual ha nacido a raíz del perfeccionamiento de un Capitalismo de Estado, donde el Estado y el Gobierno van monopolizando cada vez más, distintas actividades económicas que ni siquiera constituyen la generación de bienes públicos.

Resulta paradójico que el oficialismo despotrique de los monopolios cuando su plan económico y de campaña electoral es perfeccionar un Capitalismo de Estado, donde un grupo de burócratas, siendo juez y parte, monopolizan la producción y comercialización de bienes y servicios privados de consumo privado. Lo triste del caso es que se utilizan fondos públicos para perfeccionar este modelo cuando la provisión de bienes públicos en Venezuela resulta más que lamentable. Estas exenciones de la norma se encuentran orientadas a vulnerar los derechos de la sociedad y de los particulares de solicitar el cese o corrección de acciones públicas que lesionan al colectivo.

Por su parte, el **artículo 4** incluye una definición de “**Espacio económico relevante**” que resulta erróneo y Ad Hoc, el cual generaría falsos positivos porque parte de una posición o definición previa, predeterminada, espuria e intencional por parte del regulador. La definición implica que el regulador estaría teniendo como objetivo realizar la definición más restringida del mercado relevante para que exista en consecuencia un “Espacio económico relevante”. Dada la metodología de análisis, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional, tal definición implicaría, prácticamente, una sentencia previa. Adicionalmente, la definición de posición de dominio del artículo 4 resulta confusa si no errónea, toda vez que no existe situación en la cual agente económico alguno –incluso un monopolio natural- pueda actuar de “modo independiente” como sugiere la redacción de la definición. Esta definición podría provenir del desconocimiento de la materia económica, en específico la teoría de la organización industrial, así como reflejar cierta carga de prejuicio político-ideológico.

El **artículo 5** sobre la **Participación y Control del Poder Popular** comete el error, basado en promesas populistas, de asignar responsabilidad, poder y capacidad de injerencia sobre materia de interés público a ciudadanos o a grupos de interés particulares.

El **artículo 7** sobre la **Primacía de la Realidad** podría condenar la aplicación de la regla de la razón, enfoque analítico que tiende a proteger a la eficiencia económica y al mayor bienestar social posible.

El **artículo 8**, el cual reza: “Son nulos todos los acuerdos celebrados por los agentes económicos en contravención con lo previsto en esta Ley, sin perjuicio de la aplicación de las medidas correctivas y las sanciones contempladas en la misma”; parece haber quedado fuera del Título II correspondiente a las Prácticas y Conductas Prohibidas. Más allá, esta disposición constituye una prohibición genérica sumamente peligrosa porque vulnera la predictibilidad de su administración, imprime discrecionalidad y viola libertades económicas a contratar voluntariamente ambas partes en una relación económica-comercial y/o contractual.

El **artículo 10** sobre la **Prohibición General**, viola la naturaleza de la regulación de competencia, ya que pretende sancionar conductas, actos y/o actividades que afecten a la estructura y la concentración del mercado sin importar su intención o efectos. Es así como esta prohibición resulta opaca, discrecional y sin sentido normativo en el buen resguardo del

bienestar social y el interés público, para no hablar de las libertades económicas consagradas constitucionalmente que resultarían violentadas. Este tipo de prohibición abriría la posibilidad de sancionar cualquier actuación o conducta en cualquier mercado, sin que exista ni siquiera sospecha de lesión del interés público.

El **artículo 11** sobre **Prohibición de los monopolios, oligopolios, monopsonios y oligopsonios** constituye una prohibición absoluta sobre la estructura del mercado, lo que no cuenta con precedente, ni asidero normativo. Más allá, la definición de monopsonio no protege el interés público, sino a individualidades, lo que resulta especialmente grave al tratarse de una supuesta regulación de competencia o antimonopolio y estar referida al consumo intermedio.

En el **artículo 13** sobre la **Prohibición del abuso de posición de dominio**, el redactor por evitar utilizar la correcta terminología y tipificación de la teoría y práctica de la regulación de competencia, omite en el numeral 2 el término o concepto “predatorio”, sustituyéndolo por uno desatinado que lesionaría al consumidor. Por su parte, el numeral 8 no cuenta con asidero regulatorio y resulta no propio de una regulación de competencia. Este numeral da cuenta de los prejuicios del redactor y resulta socialmente inapropiado toda vez que no explica las fuentes del incremento del margen de rentabilidad –podría ser producto de eficiencias y preferencias por parte de los consumidores-. Asimismo, la prohibición de los subsidios cruzados en el numeral 11, aun cuando pretende estar acotado a una situación regresiva y estaría referida a una situación de abuso de una posición de dominio, implicaría abrir una “caja de Pandora”. No existe mayor precedente internacional sobre sanciones a esta práctica a nivel mundial porque podría existir incluso presunción de legalidad sobre la misma. En este sentido, debería en el peor de los casos, encontrarse acotado a aquellas situaciones en las que se lesiona la eficiencia económica –reducción de la demanda efectiva o creación de pérdida de peso muerto-, con lo que se resguardaría el bienestar social.

El **artículo 14** sobre el Abuso de la posición de dominio en **relaciones de dependencia** económica, constituye una gravísima violación de la naturaleza regulatoria de competencia y del interés público que debería estar protegido. Por medio de este artículo se pretende proteger individualidades y no a la sociedad en general. Debemos destacar que la denegación a comerciar como práctica restrictiva de la competencia posee una tipificación y respondería a la violación del interés público no el de particulares.

Por otra parte, podría sugerirse una mejor descripción del artículo 14 sobre Prohibición de la concentración económica, por “Régimen de evaluación y autorización”.

El **artículo 17** sobre la **Prohibición del consorcio** resulta socialmente contraproducente y sin asidero regulatorio, aparte de constituir una violación de las libertades económicas consagradas constitucionalmente. Este artículo viola la naturaleza regulatoria de competencia y constituiría un arma política, discrecional, y discriminatoria en contra de empresas multi-productos, aun cuando estas pudieran resultar socialmente eficientes.

El **artículo 18** sobre la **Prohibición de prácticas exclusivas** y manipulación de producción, no define ninguna tipificación de conducta restrictiva de la competencia. Por el contrario, este artículo implica una disposición que protege a particulares, lo que viola abiertamente el interés público y la materia de competencia.

Toda la materia del Capítulo II del Título II sobre las Prácticas económicas engañosas y fraudulentas, debería ser desarrollada en un instrumento legal particular. De esta manera se concentra los recursos y la institución a actuaciones de resguardo del interés público, pudiendo dejar a los tribunales ordinarios lidiar con conflictos entre privados.

Finalmente, podría mejorarse los temas referidos al cálculo de las sanciones entendiendo que las empresas son agentes neutrales al riesgo. Por otra parte, podría incluirse un programa de clemencia y debería desarrollarse la variada tipificación de restricciones verticales o prácticas monopólicas relativas.

Análisis Particular sobre la Prohibición del Consorcio:

Dado el riesgo que reviste, dedicamos especial análisis al problema que representa la introducción de un concepto errado y falso de Trust con intenciones distintas a la protección de los objetivos que tutela toda regulación de competencia. La definición de trust utilizada en el Proyecto de Ley parece tener por objeto vulnerar los derechos económicos de grupos económicos y formas organizacionales que pudieran resultar eficientes, especialmente por gozar del beneficio de economías de escala y especialmente de economías de alcance, lo que le ahorra a la sociedad tener que costear dobles acometidas en renglones de logística, distribución, transporte y comercialización.

Los *trusts* o consorcios no son como los define el Proyecto de Ley contra el Monopolio, unas “asociaciones entre agentes económicos de series enteras de ramas diversas de la producción”. De hecho, vale la pena recordar que la figura de trust que dio origen a la regulación de competencia a nivel mundial, en específico en USA con la regulación Antitrust, constituían sofisticados mecanismos de carteles –que hasta 1890 no contaban con prohibición federal expresa-.

Más allá, la definición y perfeccionamiento de *trusts* que dio origen a la regulación de competencia en USA resultaba muy distinto a los consorcios económicos definidos en el Proyecto de Ley. Los consorcios suelen constituir un grupo de empresas o una empresa con varios productos, manejando distintas ramas de productos que no compiten entre sí. Este tipo de empresas o consorcios suelen gozar de beneficios de economías de alcance y escala, así como la reducción de costos transaccionales que implican mayor eficiencia en sus operaciones.

Por el contrario, los trusts de finales del siglo XIX en USA, fueron perfeccionados por empresas competidores entre sí en un mismo mercado, para evitar que en el mercado americano que se convertía en uno amplio, único e interconectado por los avances tecnológicos –el ferrocarril- y ante crisis cíclicas de orden macro, se vieran presionadas e involucradas en guerras de precios. Los trusts consistieron en la cesión de acciones de empresas competidoras cercanas, para construir un mecanismo estable y creíble de cartel, dada la naturaleza de alta inestabilidad de los carteles. Por medio de esta estrategia se poseía un único administrador de las decisiones que maximizaría la función objetivo y/o los beneficios del *trusts*, evitando desvíos por parte de sus miembros y actuando como un monopolio.

Sin embargo, lo que sugiere el Proyecto de Ley sobre los Consorcios en su artículo 17 es una desintegración de los mismos por rama o verticalmente. Lo anterior no posee asidero alguno en la regulación de competencia, de hecho solo existen casos de este tipo de acción pública, como regulación económica, única y estrictamente sobre sectores de servicios de red caracterizados por renglones monopólicos naturales y otros potencialmente competitivos que se encuentran verticalmente integrados – por ejemplo en el sector energía con el *grid* de transmisión monopólico y la generación y comercialización potencialmente competitivos-. Aun así, existen modelos regulatorios que no requieren imponer *unbundling* o desintegración vertical porque cuentan con controles del tipo *Efficient Component Pricing Rule* (ECPR).

Más allá, la integración vertical constituye una de las soluciones para los problemas de doble-marginalización, por lo que incluso en aquellos casos de monopolios sucesivos, como planteara la Escuela de Chicago, deberían ser bien vista por parte del Estado. Al final de cuentas, tal prohibición y mandato no constituye materia de la regulación de competencia, viola su naturaleza y atenta contra el funcionamiento eficiente de los mercados.

La definición de Consorcio del Proyecto de Ley posee todas las malas intenciones de atacar, con nombre y apellido, a las pocas empresas de cierto tamaño que quedan en el país, condenando a la sociedad venezolana a tener que financiar las pérdidas de eficiencia que se derivarían de la destrucción de economías de escala y de alcance y teniendo que financiar directa –vía precios- o indirectamente –vía impuestos o inflación- las doble acometidas innecesarias a lo largo de la cadena de valor por rama de producto.

Esta prohibición viola la naturaleza y el bien tutelado por cualquier regulación de competencia, además de violar las libertades económicas constitucionalmente consagradas.

3.- Sugerencias para el Análisis de Políticas Públicas y Regulatorias de OECD:

En materia de políticas públicas y regulatoria resulta crucial tener claro que se pretende tutelar, si existe una falla o una situación que amerite en resguardo del interés público, una intervención pública. Si de estar justificado, en aras de proteger el interés público, apelar a las alternativas de acción pública; debe prestarse especial cuidado a la naturaleza de la distorsión o la falla existente.

En este sentido, como se expusiera en las sesiones anteriores, la regulación de competencia tutela, no de forma exclusiva, a la eficiencia económica como bien a tutelar. Ahora bien, ¿por qué se tutela a la eficiencia económica?

La eficiencia económica constituye un bien social porque por un lado, implica la mejor combinación de recursos que garantiza los menores costos y desperdicios a la sociedad, mientras se genera o crea el mayor valor, riqueza y/o excedentes (eficiencia productiva) y por el otro lado, porque significa el mayor acceso efectivo de consumidores a los bienes y servicios (eficiencia asignada). Es así como el objetivo fundamental de cualquier intervención pública en la microeconomía y en las actividades económicas desarrolladas por los agentes económicos privados, pasa por proteger tal objetivo y bien social.

Lo anterior no significa que no existan otros objetivos socialmente deseables como la equidad. Sin embargo, este tipo de objetivos cuentan con políticas fiscales y públicas distintas a la regulación de competencia que garantizan de mejor manera su concreción sin poner el riesgo la eficiencia económica y dinámica, ni introducir conflicto de intereses regulatorios a regulación de competencia.

Pretender que una sociedad crecerá y generará valor y riqueza única y exclusivamente por medio de la protección de objetivos de equidad y redistribución, constituye un error e ingenuo, que en el caso de Venezuela se encuentra deliberadamente reforzado por el hecho de la captura de la administración pública por políticos con intereses particulares. La situación anterior ha exacerbado las conductas oportunista-electorales y perfeccionado una miopía regulatoria de corto plazo dirigida, no a corregir las causas de los problemas económicos y sociales, sino a intentar maquillar los síntomas o querer hacer ver que algo se hace sobre los efectos y no, lamentablemente, sobre las causas.

Bajo este contexto y con la función de contribuir a cumplir con el objetivo de un buen diseño de las acciones públicas y regulatorias, la OECD ofrece una herramienta que establece unos parámetros de evaluación sobre el proceso de diseño y decisión regulatoria claves, que extrapolado al Proyecto de Ley contra los Monopolios implicaría responder a las siguientes inquietudes:

1. ¿Se encuentra el problema correctamente definido?

El problema que requiere ser resuelto debe estar precisamente establecido e identificado, contando así con evidencia de su naturaleza y su magnitud, explicándose cómo éste ha aparecido, asimismo debe identificarse los incentivos de las entidades, agentes económicos o actores -pasivos o activos- afectados por el problema.

En específico, una de las regulaciones fundamentales con las que suele contar un país en materia de tutelaje del interés público es la política y regulación de competencia. Así las cosas, difícilmente podrá cuestionarse que la República Bolivariana de Venezuela requiera y cuente con una política y regulación de competencia. Sin embargo, el hecho cierto es que el país cuenta con una normativa de competencia vigente y bastante robusta como lo es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. En este orden de ideas, habría que preguntarle al legislador qué motiva o cuál es la necesidad de derogar la ley vigente por medio de la aprobación del proyecto de ley propuesto.

El país cuenta no solo con una política y regulación de competencia desde 1992, sino que igualmente cuenta con una doctrina desarrollada a lo largo de su vigencia que resulta bastante robusta respecto a la tipificación de conductas prohibidas, la evaluación de operaciones de concentración económica e incluso en materia de fomento de la competencia y análisis de políticas públicas y regulatorias.

Un análisis del proyecto de ley permite aseverar que a lo largo del proyecto de ley no existe una intención de mejorar y robustecer lo que debería ser una política y regulación de competencia. Por el contrario, la redacción como se comentara en la sección de análisis del articulado, se aleja de lo que suele ser una regulación de competencia, abandona su bien tutelado por excelencia e incluso implica un atentado en contra del interés público.

Adicionalmente, resulta fundamental dejar claro que el proyecto de ley no encuentra justificación en limitaciones institucionales del actuar regulador de competencia, al menos en lo que a su normativa se refiere. Por el contrario, a lo largo de cuando menos los últimos diez años, la actuación de la Superintendencia se ha reducido notablemente. Destaca especialmente el hecho que las prácticas de competencia desleal han tomado especial peso relativo respecto a los procedimientos adelantados, aun cuando este tipo de tipificación suele constituir fundamentalmente materia entre privados. Lo anterior significa que un ente responsable de una materia tan importante de interés público como es el fomento y la promoción de la competencia y la eficiencia en los mercados, ha comprometido sus recursos cada vez menos a casos o temas de interés público y resguardo del bienestar social.

Así las cosas, la vulneración, laxitud o incluso ausencia de la administración de la normativa vigente no pueden constituir justificativo alguno para la sustitución de la Ley actual. Por el contrario, robustecer a la Superintendencia en su presupuesto y en personal técnico y directivo constituye una de las necesidades, que efectivamente podrían ser identificadas por las instancias públicas, especialmente por el Ejecutivo Nacional.

2. ¿Se encuentra justificada la acción o actuación del gobierno?

La intervención del gobierno debe estar fundamentada en evidencias explícitas de que tal acción gubernamental se encuentra justificada, dada, la naturaleza del problema, los beneficios y costos probables derivados de la acción pública o gubernamental (basados en valoraciones correctas de la efectividad del gobierno), y alternativamente los mecanismos para lidiar eficientemente con el problema.

El tutelaje de la eficiencia económica constituye sin duda una necesidad a nivel nacional. Más allá, resguardar la productividad como un bien social que implique el funcionamiento eficiente de los sectores, permite a la sociedad generar y crear la mayor cantidad de valor y riqueza a partir de un determinado número de recursos. Objetivos como el de eficiencia económica deben constituir una prioridad en el diseño, instrumentación y administración de las regulaciones en materia económica. Así las cosas, obviamente se encuentra más que justificado el tutelaje y protección de la eficiencia económica, la productividad y la competitividad en el país. Más allá, preocupa especialmente que las acciones regulatorias en materia económica en el país han tendido a lesionar a la eficiencia económica como objetivo y bien público.

Sin embargo, más que redactarse una nueva normativa de competencia podría revestir mayor importancia fortalecer al ente regulador de competencia e incluso que el mismo tome un rol protagónico en el análisis y fomento de la competencia y la eficiencia económica en la economía nacional.

3. ¿Constituye la regulación propuesta la mejor y más eficiente forma para una actuación gubernamental?

Los reguladores deben ponderar, desde etapas muy tempranas del proceso de diseño y toma de decisiones regulatorias, información comparada sobre la variedad de instrumentos de política regulatoria y no-regulatoria, considerando elementos relevantes como los costos, los

beneficios, los efectos en la distribución y los requerimientos administrativos (esto podría facilitar enfocar el diseño regulatorio a su naturaleza y evitar fenómenos de inflación regulatoria y conflictos de objetivos regulatorios).

En el caso particular del Proyecto de Ley contra los Monopolios, su redacción no constituye una propuesta o alternativa eficiente, no solo considerando que la ley vigente resulta mucho más robusta, sino igualmente si consideramos que podrían incorporarse temas en materia de mejoramiento de la regulación existente en torno a la introducción de cláusulas de clemencia, mayor desarrollo de las tipificaciones de las prácticas explotativas relativas, el diseño de esquemas de sanciones como desincentivos y disuasivos eficientes, e incluso el tema de ayudas estatales.

4. ¿Existe base legal para la regulación?

El proceso regulatorio debe encontrarse estructurado de manera tal que todas las decisiones regulatorias respeten la norma, regla de la ley o la legalidad. Lo anterior significa que las responsabilidades deben encontrarse clara y explícitamente asignadas para garantizar que cada acción regulatoria se encuentre debidamente autorizada por el máximo nivel responsable de las regulaciones y consistente con las obligaciones, responsabilidades y competencias establecidas. Adicionalmente, el proceso regulatorio y la regulación debe cumplir con principios legales relevantes como certidumbre, predictibilidad de la norma o la regulación, proporcionalidad y requerimientos procedimentales para su instrumentación, viabilidad y cumplimiento.

Si bien se le confiere en la actualidad rango constitucional a la materia de protección y regulación de la competencia, el artículo 113 de la Constitución Nacional orienta la necesidad de una normativa cuya naturaleza y espíritu no tendría por qué coincidir con la redacción del Proyecto de Ley contra los Monopolios.

Asimismo, la redacción del Proyecto de Ley contra los Monopolios al no dejar claro el bien que tutela y de hecho vulnerar a la eficiencia económica como bien tutelado, le resta predictibilidad a la administración de la norma. En el mismo orden de ideas, objetivos como la efectiva inserción en los mercados podría facilitar acciones discrecionales e incluso discriminatorias por parte del regulador, lesionando al interés público.

5. ¿Cuál es el nivel apropiado (o los niveles apropiados) del gobierno para la acción pública y regulatoria bajo análisis?

Los reguladores deben escoger el nivel más apropiado del gobierno para tomar las acciones regulatorias, o siendo el caso de múltiples niveles involucrados, debe diseñarse un sistema efectivo de coordinación entre los distintos niveles del gobierno.

La regulación de competencia según la tradición regulatoria y doctrinaria en el país suele ser administrada y desarrollada por un ente administrativo adscrito a la cartera ministerial competente en materia de comercio. En este sentido, tal nivel de gobierno resulta eficiente y coherente para continuar siendo responsable y competente de la administración de la política y regulación de competencia. Asimismo, la función de fomento y de apoyo interinstitucional

público, dada la experticia y competencia del regulador de competencia, debería ser reforzada e incentivada.

6. ¿Los beneficios derivados directa y exclusivamente de la regulación justifica los costos ejercidos o generados?

Los reguladores deben estimar el total de los beneficios y costos esperados de cada alternativa regulatoria propuesta o de las alternativas factibles. De igual manera los métodos de estimación de dichos valores deben presentar un formato asequible para el tomador de decisiones. Los costos de las acciones gubernamentales deben estar justificados por sus beneficios antes de que la acción pública o regulatoria sea tomada o ejecutada.

Los beneficios colectivos de la aprobación e instrumentación del Proyecto de Ley contra los Monopolios, en términos netos son nulos, en la medida que los objetivos de interés público que debería tutelar han sido excluidos de la redacción y de los fines de la regulación. Lo anterior resulta razón suficiente como para que el presente proyecto de ley no sea aprobado o de serlo, considerarlo nulo.

Aquellos beneficios que pudieran alegarse a favor de ciertos agentes económicos, como empresas pequeñas, medianas o ciertas formas de organización empresarial como cooperativas o empresas socialistas, no necesariamente compensen los costos y las pérdidas de eficiencia económica y de bienestar social.

Adicionalmente, debe destacarse que la regulación de competencia no tiene por finalidad proteger a ningún competidor en particular o a agentes económicos distintos al consumidor final. La protección o fomento de ciertos productores y oferentes, debería ser instrumentado por medio de políticas públicas sectoriales y no por medio de una regulación de competencia, porque esto violaría su naturaleza regulatoria. En este sentido, existirían alternativas de acciones públicas y políticas públicas para atender eventualmente el fomento, desarrollo e inserción de ciertos actores económicos. De hecho, una labor alternativa distinta al Proyecto de Ley contra los Monopolios, para proteger y fomentar ciertos productores u oferentes, consistiría en identificar las barreras legales, administrativas y a la entrada a la cual se estarían enfrentando estos actores económicos.

7. ¿La distribución de los efectos de la regulación resulta transparente a lo largo de toda la sociedad?

En la medida que valores distributivos y de equidad resultan afectados por la intervención gubernamental, los reguladores deben hacer transparente la distribución de los costos y los beneficios producto de la regulación a lo largo de los distintos grupos sociales.

Los reguladores deben valorar si las reglas, disposiciones o normas tendrían que ser entendidas por los usuarios probables, y en ese sentido deberán procurar tomar las acciones necesarias para que se asegure que el texto y la estructura de las normas sean tan claros como sea posible.

La distribución de los efectos de la aplicación de un proyecto de ley que lejos de tutelar el bienestar social, la eficiencia económica y al consumidor final, pone especial énfasis en

proteger la “efectiva inserción” de particulares, resultará asimétrico, concentrado y discriminatorio. De hecho, la aplicación de un proyecto de ley como el sometido a estudio generaría dos tipos de efectos en términos de su impacto. El primero de los efectos consistiría en reducción o destrucción del bienestar social independientemente de su distribución o regla de reparto. Lo anterior se basa en el hecho que al dejar de tutelarse a la competencia, sino que se presta especial énfasis en proteger a ciertos competidores, se lesionará la eficiencia en los mercados, lo que comprometerá a la capacidad de los mercados para crear valor, riqueza y bienestar social. El segundo efecto consistiría en impactos redistributivos a favor de competidores particulares, en detrimento de los consumidores finales, generalmente atomizados; por lo que podría considerarse como regresivo o perverso.

8. ¿Han tenido todas las partes interesadas la oportunidad de presentar sus puntos de vista?

Las regulaciones deben ser desarrolladas en el marco del ambiente más abierto y transparente posible, por medio de los procedimientos apropiados para, de forma efectiva y a tiempo, recibir los insumos de información argumentales y sugerencias de aquellos negocios, agentes económicos, sindicatos y uniones de trabajadores, otros grupos de interés e incluso, otros niveles del gobierno, que podrían resultar afectados o estar interesados en la existencia o no de la regulación.

En la República Bolivariana de Venezuela se ha venido violentando recurrentemente el proceso de diseño y aprobación de leyes según lo establecido en la Constitución Nacional y en el reglamento de debate interno de la Asamblea Nacional. Por un lado los proyectos de ley no suelen contar con una robusta exposición de motivos que efectivamente exponga claramente cuál es la materia de interés público que atiende y por medio de qué alternativa específica de política pública y regulatoria se llevaría a cabo. Asimismo, los proyectos de ley no suelen estar acompañados de un análisis coste-beneficio que valore los impactos netos de la aprobación e instrumentación de las normas, por lo que difícilmente podría estar garantizándose fiel representación y protección de los votantes y la sociedad en su conjunto.

En el caso específico del Proyecto de Ley contra los Monopolios, aprobado en primera discusión sin que se realizara lectura de su articulado; no ha contado con la convocatoria a la sociedad para su discusión. Probablemente una evidencia concreta de la ausencia de consulta y consideración de la sociedad en la discusión de un Proyecto de Ley que tiene impacto sobre el bienestar social, lo representa el hecho que ni el sector privado ni el sector académico —en específico los profesores, expertos y consultores en materia de regulación económica y de competencia- han sido invitados o convocados por la Asamblea Nacional.

9. ¿Cómo se alcanzará el cumplimiento de la regulación y sus objetivos?

Los reguladores deben prestar especial atención a los incentivos y las instituciones a través de los cuales la regulación se perfecciona o ejerce efecto; y en consecuencia debe diseñar estrategias de implementación de la regulación que haga el mejor uso de estos.

Los verdaderos objetivos que debería perseguir y proteger una normativa de competencia, difícilmente serán alcanzados, toda vez que no forman parte del Proyecto de Ley bajo análisis. Sin embargo, los objetivos particulares del Proyecto de Ley, parecen que serán alcanzados por medio de una administración discrecional y discriminatoria en contra de

empresas grandes, sectores concentrados y finalmente en contra de los consumidores finales que tendrán que asumir el costo de forzar la inserción de agentes económicos altamente ineficientes.

4.- Análisis Costo Beneficios:

Grupos Beneficiados vs Grupos Perjudicados:

Como se mencionara anteriormente, existe un enorme riesgo que al no tutelarse a la eficiencia económica como objetivo a tutelar; la sociedad en su conjunto podría ser lesionada. Sin embargo, existe un conjunto de agentes económicos que pueden identificarse directamente como afectados negativamente toda vez que resultan ser quienes soportarán las cargas o decisiones adversas por parte del administrador del Proyecto de Ley de ser aprobado. A continuación los mencionamos y describimos la razón por la que serían lesionados directos por la aprobación y eventual aplicación del Proyecto de Ley contra los Monopolios:

- Empresas Grandes: No hace falta asomar una definición o criterio sobre qué entendemos por empresas grandes, ya que la simple prohibición per se de monopolios y oligopolios, presagia una aplicación de la ley que tenderá a ser especialmente punitiva en contra de empresas de cierto peso relativo a lo largo de los mercados en los cuales opere.
- Consumidores Finales: En la medida que la sanción de empresas grandes, implique la sanción hacia empresas eficientes que gozan de escalas operativas más eficientes, así como economía de alcance; finalmente se estará condenando a los consumidores a tener que pagar, finalmente, las ineficiencias impuestas por la administración de la ley. Asimismo, en la medida que se garantice vía ley o procedimiento administrativo la inserción de oferentes que producto de la competencia podría quedar fuera del mercado; igualmente se estaría lesionando a los consumidores finales.
- Empresas de Sectores de Servicios de Red o caracterizados con Inversiones en Activos Fijos: Este tipo de sectores tiende a presentar índices de concentración elevados, lo que podría condenarlos a constituir mercados candidatos para aplicar las prohibiciones del tipo estructural que contempla el Proyecto de Ley.
- Las empresas transnacionales que suelen presentar cierto peso relativo en sus mercados respectivos o en mercados caracterizados por inversiones en activos fijos, podrían ser candidatos a una aplicación discriminatoria, discrecional en su contra.
- Las empresas integradas verticalmente o con importantes y eficientes desarrollo y encadenamiento aguas arriba y aguas abajo (especialmente aguas abajo donde existe el mayor perjuicio en contra de los estadios de distribución, transporte y comercialización).
- Las empresas con importantes redes comerciales y de distribución.
- Las empresas con contratos y acuerdos verticales.
- Las empresas grandes del sector comercial, distribución y transporte.
- Empresas Polar y otras empresas con varios productos de escalas significativas.

En contraste, empresas que capturen políticamente a la administración de la ley, podrían contar con una aplicación discrecional y favorable de la ley, garantizándole la permanencia o entrada a mercados en los cuales, producto de la competencia no tendrían oportunidad de mantenerse.

Costos Económicos, transaccionales y de oportunidad:

A continuación se identifican los principales costos que podrían generarse de la aprobación y administración del Proyecto de Ley contra los Monopolios:

- El costo principal que se le imputaría a la sociedad es el costo de oportunidad de aplicar una verdadera y bien diseñada política y regulación de competencia. Lo anterior significa que constituye un costo para la sociedad la eficiencia pérdida y su materialización en ahorro de recursos y mayor generación de valor y riqueza.
- Unos costos adicionales que tendrán que soportar los consumidores finales, son tener que financiar vía tarifaria o precios, las acometidas innecesarias de empresas ineficientes que producto de la imposición administrativa de una inserción, aun cuando la empresa sea ineficiente y poco competitiva, reflejará en los precios tales ineficiencias.
- Otro costo asociado a la lesión de la eficiencia en los mercados, producto de la inserción administrativa y atomización de los mercados es que se manifieste el conocido Starfish Effect. Este efecto consiste que producto de la existencia de empresas en ciertos mercados con escalas poco competitivas, igualmente podría imposibilitar que las empresas más eficientes pudieran producir u ofertar explotando mayores economías de escala que se reflejará en estructuras de costos menos planas o amortizadas y por tanto mayores niveles de precios y/o de tarifas.
- Por otra parte, podría someterse a la sociedad a tener que soportar los costos derivados del despilfarro de recursos y de rentas para intentar capturar al regulador, toda vez que la redacción y objetivos de la ley resultan poco claros y por tanto susceptibles de una administración discrecional y discriminatoria.
- Asimismo, la sociedad podría sufrir los costos asociados a los elevados costos de oportunidad en la utilización de los fondos, recursos e instituciones públicos, que lejos de atender una verdadera materia de interés público, se dedique a proteger a competidores particulares.

5.- Alternativas de Política Pública y/o Regulatoria:

Una primera alternativa lo constituye no aprobar el Proyecto de Ley y continuar contando con la Ley para Promover y proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Una segunda alternativa constituye levantar la sanción de la aprobación en primera discusión e iniciar un proceso de consulta y elaboración de un proyecto de ley que efectivamente represente una norma de competencia.

En lo que respecta a temas específicos, se sugeriría incorporar los siguientes a un eventual nuevo proyecto de ley:

- Incorporar el desarrollo de una serie de artículos y disposiciones que perfeccionen una cláusula de clemencia. Este tipo de cláusulas tiende a crear los incentivos para delatar e identificar prácticas de cartelas o acuerdos horizontales tipificados como prohibidos por lesionar a la competencia en el mercado.
- Incorporar una sección que desarrolle una lista, nunca exhaustiva, de distintas tipificaciones de prácticas explotación relativas. Dada la enorme complejidad y formas de perfeccionamiento de este tipo de prácticas, resultaría positivo, imprimiendo predictibilidad a la administración de la norma, cuando menos dejar claro vía efectos, cuando se consideran prohibidas este tipo de conductas.
- Incorporar los objetivos de análisis, evaluación y prohibición de las Ayudas Estatales como práctica que facilita y perfecciona la competencia desleal o el desarrollo artificial de ventajas en contra de competidores eficientes y por tanto en detrimento del interés público y el bienestar social.
- Evaluar esquemas de sanciones que impliquen amenazas creíbles y significativas disuasivas y que desincentiven el despliegue de prácticas tipificadas como prohibidas.

6.- Conclusiones:

La redacción del Proyecto de Ley contra el Monopolio y otras Prácticas de Similar Naturaleza, adolece, deliberadamente, de imprecisiones, errores conceptuales y prohibiciones absolutas de estructura que violan la naturaleza de la política y regulación de competencia.

Las principales seis fallas del Proyecto de Ley radican, **primera**, elimina el término competencia, cuando este constituye el medio intermedio protegido para tutelar o alcanzar el objetivo de la norma: la eficiencia económica y el bienestar social; **segunda**, excluye a las empresas públicas y por otro lado beneficia a formas organizacionales específicas protegidas por el Ejecutivo Nacional, violando el interés público; **tercera**, posee una clara intención de prohibir de forma absoluta y/o per se a todas las conductas, sin valorar las eficiencias económicas ni aplicar la regla de la razón en su análisis; **cuarta**, prohíbe la estructura o la ostentación de poder de mercado y no el abuso del mismo, violando su naturaleza de regulación ex post de conducta; **quinta**, facilita un trato discriminatorio, excluyendo a empresas del Estado facilita el perfeccionamiento de situaciones de competencia desleal por parte del Estado y las empresas públicas; y **sexta**, la introducción de un tratamiento errado de los Consorcios.

Otros artículos de los BLC son disponibles en:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

y

<http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/>