

Guía para la evaluación de la regulación

desde la perspectiva de la competencia



Contenidos

Contenidos.....	2
Tabla de abreviaturas.....	3
I. Introducción.....	4
II. Importancia de evaluar las regulaciones desde la perspectiva de la competencia.....	6
III. Potestades de la SUTEL en la materia.....	8
IV. Selección de las regulaciones a analizar.....	10
V. Metodología de análisis.....	12
A. Primera etapa de análisis: ¿La regulación analizada restringe la competencia?.....	13
B. Segunda etapa de análisis: ¿Se justifican las restricciones?.....	15
1. Identificación de los objetivos de la regulación.....	15
2. Análisis de proporcionalidad y razonabilidad.....	16
C. Tercera etapa de análisis: ¿Hay alternativas menos restrictivas para alcanzar el mismo fin?.....	17
VI. Algunos ejemplos de evaluación de regulaciones que pueden limitar la competencia.....	20
A. Regulaciones que limitan la cantidad o variedad de participantes del mercado.....	21
1. Otorga a un proveedor o grupo de ellos el derecho exclusivo para explotar algún recurso, suministrar un bien o prestar algún servicio.....	21
2. Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado.....	22
3. Limita la posibilidad de ciertos tipos de operadores o proveedores para ofrecer un bien o prestar un servicio.....	22
4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida del mercado para un operador.....	22
5. Crea barreras geográficas para ofrecer bienes o prestar servicios.....	23
6. Limita la transferencia o cesión de licencias y autorizaciones.....	23
7. Crea preferencias en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a una categoría o grupo de proveedores.....	23
B. Limitaciones a la capacidad de competir.....	24
1. Limita las condiciones de la oferta de determinados bienes o servicios, incluyendo la posibilidad de determinar el precio o las condiciones de intercambio.....	24
2. Limita la capacidad de promocionar o hacer publicidad de bienes o servicios.....	24
3. Establece estándares técnicos o de calidad de los productos o servicios que proporcionan ventajas discriminatorias o exigencias que van más allá de lo razonable.....	25
4. Eleva los costos de algunos operadores o proveedores respecto a otros.....	25
5. Exige el uso de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso.....	26
C. Reduce incentivos para competir vigorosamente.....	26
1. Genera un régimen de autorregulación o co-regulación.....	26
2. Exige o fomenta la publicación de información sobre volúmenes de producción, precios, ventas o los costos de los agentes económicos.....	26
3. Exime un sector, actividad o agentes económicos de la aplicación de las leyes de competencia.....	27
4. Promueve o permite acuerdos anticompetitivos.....	27
5. Genera incertidumbre regulatoria, permite la aplicación discrecional de las regulaciones.....	27
D. Limita las opciones e información disponible para los consumidores.....	27
1. Limita la información disponible y la posibilidad de los consumidores de elegir a quién compran los servicios de telecomunicaciones.....	28
2. Incrementa los costos explícitos o implícitos de cambiar de proveedor, reduciendo la posible movilidad de los clientes.....	28
VII. Referencias.....	30
Anexo: Ejemplo de otra clasificación de regulaciones con potenciales efectos restrictivos sobre la competencia.....	31

Tabla de abreviaturas

“Autoridad”, “SUTEL”, “La Superintendencia”	Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)
Ley 7472	Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor
Ley 8642	Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones
Ley 9736	Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica
Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736	Decreto Ejecutivo N° 43305-MEIC, Reglamento a la Ley 9736, Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.
Leyes de Competencia	En conjunto, la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y las normas de competencia contenidas en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

I. Introducción.

I. Introducción.

Las restricciones a la competencia pueden originarse tanto en las conductas de los agentes económicos como en las regulaciones y actuaciones del Estado, teniendo ambas un impacto en la productividad y en la eficiencia. Las conductas restrictivas de la competencia que son realizadas por agentes económicos son abordadas desde las facultades de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas con que cuenta la Autoridad. Por su parte, para aquellas restricciones que se derivan de las actuaciones propias del Estado, las facultades con que cuenta la SUTEL son en materia de promoción y abogacía.

Dado que las regulaciones restrictivas de la competencia afectan la productividad y competitividad de la economía, la adopción de un ciclo continuo de diseño y evaluación regulatoria que considere el impacto de las regulaciones sobre la competencia es una de las recomendaciones dadas por la OCDE como clave para asegurar la calidad regulatoria (OCDE, 2012). Esto es particularmente cierto en algunos sectores clave, como las telecomunicaciones, donde las restricciones afectan la productividad y creación de empleos en muchas otras actividades productivas que utilizan estos servicios como insumo (Dauda & Drozd, 2020).

En este sentido, una de las principales actividades de “Abogacía de la Competencia”¹ que realizan las diversas autoridades a nivel mundial consiste en el análisis de las restricciones públicas a la competencia. Dicho análisis permite proporcionar insumos para fortalecer a las legislaciones, regulaciones o políticas, ya sean en proceso de elaboración o existentes, para prevenir que estas resulten en restricciones que afecten a la competencia, generen resultados adversos en el precio, la calidad, la innovación, limiten las opciones de decisión del consumidor, entre otras consecuencias (ICN, 2014).

La “evaluación de competencia” es el proceso que realiza la autoridad de competencia, ya sea por su propia iniciativa o a solicitud de algún interesado, para analizar los efectos en el proceso de competencia de una regulación propuesta o existente. A través de este proceso se colabora con otras autoridades públicas, o incluso con la propia SUTEL, dentro de sus funciones de regulador sectorial, haciendo un llamado a considerar el probable impacto de sus actuaciones en la competencia y examinar si alternativas menos restrictivas alcanzarían el objetivo propuesto por tal política pública.

En nuestro país, la OCDE ha señalado que la revisión de regulaciones se concentra principalmente en la simplificación de trámites y sigue pendiente la tarea de asegurarse que las normas cumplen con sus propósitos sin generar consecuencias no deseadas, y que siempre se opte por la solución idónea a las distintas situaciones que ameritan emitir regulaciones (OCDE, 2016).

Esta Guía pretende precisamente delimitar y describir el proceso que seguirá la SUTEL al ejercer esta importante función, definiendo los principios, criterios y consideraciones que se deben aplicar al hacer un análisis de competencia de una norma existente o de un proyecto en proceso de adopción.

De tal forma, el objetivo de la Guía es contar con un instrumento que permita identificar las políticas públicas existentes o propuestas que restrinjan indebidamente la competencia, desarrollando los criterios específicos y transparentes que tomará en cuenta la SUTEL para realizar la evaluación de la competencia, así como para la evaluación de alternativas adecuadas que resulten más favorables al proceso competitivo de los mercados de telecomunicaciones y logren, a su vez, cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, teniendo en cuenta los beneficios y costos de implementación.

Las restricciones a la competencia pueden provenir de una variedad de políticas y actuaciones públicas, ya sean leyes, reglamentos, carteles de licitación, políticas, o cualquier otro acto administrativo. Para efectos de esta guía y para facilitar y simplificar su redacción, a todas ellas se les denominará de forma genérica “Regulaciones”.

¹ De conformidad con el artículo 2 inciso 1) del Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736, se entiende por “Abogacía de la Competencia” las “Actividades realizadas por las autoridades de competencia, con el objetivo de promover un entorno favorable a la competencia y a la libre concurrencia; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada; o bien aumentar el conocimiento y la conciencia pública de los beneficios de la competencia”.

II.

Importancia de evaluar las regulaciones

desde la perspectiva de la competencia

II. Importancia de evaluar las regulaciones desde la perspectiva de la competencia

Las regulaciones están presentes en prácticamente todas las actividades económicas. Por medio de ellas, el Estado interviene de diversas formas en la economía con el propósito de perseguir fines de interés público. Por lo general, se fundamentan en una necesidad de rectificar fallas del mercado, reducir barreras al comercio, garantizar uniformidad en las reglas de juego, asegurar la seguridad al consumidor, eliminar asimetrías y otros.

En ocasiones, sin embargo, las regulaciones interfieren excesivamente con el dinamismo de los mercados, y generan consecuencias no deseadas en perjuicio de los consumidores o usuarios. Tal y como señala la OCDE, si bien las regulaciones por lo general son necesarias para asegurar el funcionamiento de los mercados, frecuentemente se establecen sin considerar a fondo sus costos y consecuencias, ni contrastarlos con sus beneficios (OCDE, 2011). Por ello, es importante evitar que sea el propio Estado quien, por medio de sus potestades regulatorias, introduzca restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Usualmente las autoridades se concentran en el diseño de leyes y reglamentos, pero casi nunca evalúan si sus objetivos se cumplen en la materialidad, ni analizan su impacto (OCDE, 2018). De ahí la necesidad de realizar estudios técnicos que las identifiquen y que sugieran alternativas que permitan cumplir con los fines de la regulación, sin generar barreras excesivas ni entorpecer indebidamente el funcionamiento de los mercados.

Normalmente existen diversas formas de alcanzar los objetivos de política pública que persigue la regulación, por lo que es importante considerar los efectos de esta en la competencia, para elegir la opción regulatoria que genere el menor impacto posible en el desarrollo de los mercados (OCDE, 2019). De esta forma, se podrán alinear los propósitos de la regulación con el principio básico de la economía de mercado, según el cual la competencia contribuye positivamente a alcanzar un desarrollo económico y social, ya que genera incentivos permanentes para mejorar precios, calidad y servicio.

Con ello, se podrá completar el llamado “ciclo de vida” de las regulaciones, para fomentar una mayor competencia en el mercado mediante la eliminación de regulaciones excesivas, innecesarias u obsoletas que imponen costos innecesarios a los agentes económicos y a los propios reguladores, mejorando el diseño regulatorio y el entorno competitivo en donde se realizan las actividades económicas (OCDE, 2018).

III.

Potestades de la SUTEL en la materia

III. Potestades de la SUTEL en la materia

La facultad de la SUTEL para analizar y evaluar regulaciones se deriva de los artículos 20 y 21 de la Ley 9736, 24 de su Reglamento Ejecutivo, y 52 l) de la Ley 8642. Esta potestad, que forma parte de las funciones de abogacía de la competencia, busca que la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia, procure que se eliminen o eviten las distorsiones y barreras de entrada y fomento e impulse mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados de telecomunicaciones.

Para ello, podrá promover la adopción, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares, pliegos de condiciones o carteles de contratación administrativa y de los demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción, que puedan afectar los mercados de telecomunicaciones. Esta función la podrá ejercer de oficio, por solicitud del Poder Ejecutivo, la Asamblea Legislativa, de cualquier entidad pública, o de cualquier administrado.

Estas opiniones carecen de efectos vinculantes, pero las entidades públicas a quienes se dirijan deberán considerarlas y, si no acogen las recomendaciones, deberán informar a la SUTEL sobre sus motivaciones dentro de un plazo de 30 días naturales desde su notificación.

IV.

Selección de las regulaciones a analizar

IV. Selección de las regulaciones a analizar

Internacionalmente, las distintas organizaciones y agencias de competencia que han analizado este tema, por lo general le dedican mucha atención al proceso de selección del sector cuyas regulaciones serán analizadas, lo cual obedece a determinados criterios y prioridades. En el caso de la SUTEL, ya que su ámbito de competencia está acotado por la Ley 8642 y la Ley 9736, el sector a analizar será siempre el de los mercados de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

Sin embargo, en materia de priorización y en concordancia con lo definido por la OCDE (2019) se considera necesario que exista una evaluación prioritaria por parte de la SUTEL de aquellas políticas públicas que, en particular, promuevan los siguientes fines:

- a. Establecer o revisar un organismo o régimen regulador.
- b. Introducir un esquema de regulación de precios o entrada.
- c. Reestructurar los monopolios establecidos.
- d. Introducir procesos de competencia por el mercado.

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la SUTEL para, dentro de sus potestades y ámbito de competencia, analizar otras regulaciones que no fueron inicialmente consideradas como prioritarias y que puedan afectar la competencia en el sector.

V.

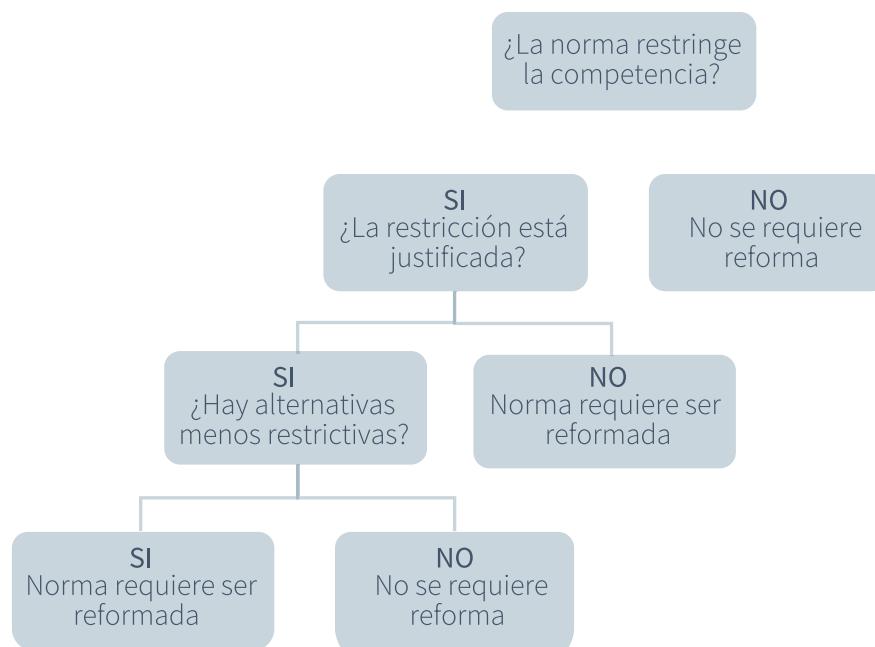
Metodología de análisis

V. Metodología de análisis

No existe una metodología única que deba seguirse para analizar el impacto de las regulaciones sobre la competencia, ya que esta valoración puede implicar desde un listado analítico de diferentes aspectos afectados por la norma, hasta una compleja evaluación estadística detallada del impacto económico de su aplicación (Marcos, 2009). A pesar de lo anterior, experiencias internacionales permiten identificar ciertos principios comunes y elementos esenciales que se deben seguir para identificar las restricciones a la competencia contenidas en las regulaciones, analizar su razonabilidad y, de ser oportuno, sugerir alternativas menos restrictivas.

Conforme a esta metodología, la evaluación de competencia de una regulación inicia valorando si las restricciones a la competencia contenidas en esta se relacionan con los objetivos de la regulación objeto del análisis y si estos objetivos pueden alcanzarse de una manera menos restrictiva para la competencia, o sin afectarla del todo (ICN, 2014). Para ello, se seguirá un proceso de tres etapas. En la primera se identifican las restricciones a la competencia contenidas en la regulación analizada, clasificándolas según el efecto o barrera que se les atribuye. Posteriormente, en un segunda etapa se analizan las restricciones previamente identificadas, para determinar si tienen una justificación válida y si son razonables. Finalmente, en la tercera y última etapa se verifica si existen alternativas menos restrictivas que podrían servir para alcanzar los objetivos pretendidos.

Este proceso, en resumen, se puede expresar gráficamente de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia con base en (ACCO, 2010) y (ICN, 2018)

En las próximas secciones se explicará con más detalle cada uno de estos pasos o etapas de análisis.

A. Primera etapa de análisis: ¿La regulación analizada restringe la competencia?

Según se indicó, un primer paso en el análisis de una regulación es determinar si restringe de alguna forma la competencia en el mercado e identificar cuáles son las barreras o restricciones que contiene. En esta etapa no se emitirá juicio de valor alguno sobre la razonabilidad o conveniencia de estas restricciones, sino que se trata de identificar cuáles regulaciones requieren de mayor análisis y seleccionar los componentes de la norma o acto administrativo que serán examinados.

Con este propósito, la OCDE y diversas autoridades de competencia de otras jurisdicciones han clasificado las restricciones anticompetitivas más frecuentemente contenidas en proyectos de regulación o en normas vigentes. Estas restricciones pueden ser de varios tipos, según la forma en que impactan el mercado, ya sea que limitan la cantidad o variedad de jugadores en un mercado, limitan la capacidad de competir de los distintos jugadores, reduce incentivos para competir vigorosamente o bien reduce la información disponible a los consumidores.

Las diferentes restricciones fueron inicialmente clasificadas por la OCDE en la “Guía para Evaluar la Competencia” publicada en 2007. Esta guía ha experimentado cambios conforme ha sido actualizada, así como también adaptaciones por parte de autoridades locales de competencia que la han implementado. Así, dentro de esta Primera Etapa se identificarán las disposiciones contenidas en regulaciones o proyectos que generen alguno de los siguientes efectos (OCDE, 2019) (COFECE, 2016) (ACCO, 2010):

A. Limitar la cantidad o variedad de participantes del mercado, por ejemplo, cuando:

1. Otorga a un proveedor o grupo de ellos el derecho exclusivo para explotar algún recurso, suministrar un bien o prestar algún servicio.
2. Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado.
3. Limita la posibilidad de ciertos tipos de operadores o proveedores para ofrecer un bien o prestar un servicio.
4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida del mercado para un operador.
5. Crea barreras geográficas para ofrecer bienes o prestar servicios.
6. Limita la transferencia o cesión de licencias y autorizaciones.
7. Crea preferencias en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a una categoría o grupo de proveedores.

B. Limita la capacidad de competir entre los operadores o proveedores que presten servicios en el mercado, cuando, entre otros casos:

1. Limita las condiciones de la oferta de determinados bienes o servicios, incluyendo la posibilidad de los operadores o proveedores de determinar el precio de bienes o servicios.
2. Limita la capacidad de promocionar o hacer publicidad de bienes o servicios.
3. Establece estándares técnicos o de calidad de los productos o servicios que proporcionan ventajas discriminatorias o exigencias que van más allá de lo razonable.
4. Eleva los costos de algunos operadores o proveedores respecto a otros (en especial, de los nuevos respecto de los actuales).
5. Exige el uso de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso.

C. Reduce incentivos para competir vigorosamente, por ejemplo, cuando:

1. Genera un régimen de autorregulación o co-regulación.
2. Exige o fomenta la publicación de información sobre volúmenes de producción, precios, ventas o los costos de los agentes económicos.

3. Exime un sector, actividad o agentes económicos de la aplicación de las leyes de competencia.
4. Promueve o permite acuerdos anticompetitivos.
5. Genera incertidumbre regulatoria, permite la aplicación discrecional de las regulaciones.

D. Limita las opciones e información disponible para los consumidores, sin perjuicio de otros medios, cuando:

1. Limita la información disponible y la posibilidad de los consumidores de elegir a quién compran los servicios de telecomunicaciones.
2. Incrementa los costos explícitos o implícitos de cambiar de proveedor, reduciendo la posible movilidad de los clientes.

La anterior es la clasificación más utilizada internacionalmente, basada como se mencionó de previo, en parámetros desarrollados por la OCDE. Existen, sin embargo, otras clasificaciones que podrían ser también de utilidad para complementar la lista anterior en el análisis de casos específicos. Como referencia, en el Anexo de esta guía se incluye una clasificación desarrollada por el Banco Mundial como parte de su *Markets and Competition Policy Assessment Tool (MCPAT)*, que persigue este mismo propósito de identificar las restricciones a la competencia en regulaciones sectoriales.

Tal y como se indicó, esta Primera Etapa se limita a seleccionar las disposiciones de la regulación que contienen restricciones a la competencia, sin formular ningún juicio de valor sobre ellas. Así, si la regulación no contiene ninguna restricción a la competencia terminará el análisis en ese momento. En caso contrario, si en efecto la regulación contiene una o más de estas restricciones, se continuará con las siguientes etapas del análisis, para evaluar la razonabilidad de estas disposiciones identificadas.

B. Segunda etapa de análisis: ¿Se justifican las restricciones?

Las políticas públicas deben ser objeto de evaluación de la competencia aun cuando persigan el objetivo de promover resultados competitivos (OCDE, 2019), o cualquier otro fin legítimo protegido por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, procurar un objetivo legítimo es una condición necesaria pero insuficiente para justificar la restricción a la competencia. Los medios utilizados para alcanzar dicho fin público también deben ser legítimos, por lo cual se debe procurar que una determinada regulación no transgreda los límites de razonabilidad y proporcionalidad, ni establezca mecanismos excesivos, desproporcionados o poco idóneos para alcanzar el fin perseguido.

Esta necesidad de justificar y valorar las restricciones contenidas en las regulaciones no solo se deriva de los principios de competencia y de la búsqueda de la eficiencia en el mercado y el bienestar del consumidor, sino que también está alineada con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, que es de resorte constitucional. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo acto limitativo de derechos, para ser válido, debe ser razonable, necesario, idóneo y proporcional (Sala Constitucional, 1998).

En esta línea, la Segunda Etapa del análisis consta de dos pasos: a) Identificar los objetivos de la regulación y de las restricciones a la competencia que contiene y; b) Analizar una a una las restricciones identificadas para determinar si son razonables y proporcionales.

1. Identificación de los objetivos de la regulación

Para analizar la forma en que una regulación afecta la competencia en el mercado se deben considerar los fines que persigue, ya que es en relación con estos objetivos de interés público que se contrastarán las restricciones, a efectos de validar su razonabilidad. Esta identificación de los objetivos perseguidos

por la regulación es un paso clave que facilitará las etapas posteriores del proceso, ya que la búsqueda de alternativas menos restrictivas a la competencia será posible solamente si hay claridad sobre sus fines (OECD, 2019).

Como se mencionó de previo, la regulación como toda forma de intervención en el mercado, debe perseguir un fin de interés público. Es decir, la regulación se emite para solucionar un problema que presenta el mercado, el cual debe estar claramente identificado junto con sus causas, magnitud, efectos, etc. Conocer el problema regulatorio que se pretende solucionar es un paso clave para poder diseñar la alternativa regulatoria que mejor lo soluciona.

Estos problemas regulatorios, en general, son de los siguientes tipos (RIA, 2018):

- **Fallas del mercado:** Ocurren cuando el mercado no funciona de forma eficiente, por ejemplo, cuando existe un monopolio natural, un ejercicio de poder de mercado, u otras formas de competencia imperfecta.
- **Fallas regulatorias:** Situaciones en las que regulaciones existentes son inconsistentes o poco efectivas en solucionar un problema previo, ya sea agravándolo, generando consecuencias no deseadas, creando inconsistencias con otras normas, etc.
- **Fallas institucionales:** Se da cuando instituciones actúan de forma disfuncional en relación con sus objetivos. Esto puede ocurrir por falta de claridad, contradicción con otras instituciones, poca adaptabilidad a los cambios, captura institucional y otros.
- **Riesgos inaceptables:** Existen riesgos considerados excesivos que solamente son aceptables en determinadas circunstancias y requieren de la intervención pública para eliminarlos o paliar sus consecuencias.
- **Proteger derechos fundamentales:** Las regulaciones a veces procuran asegurar o conservar derechos fundamentales de la población, tales como su seguridad, salud, privacidad, etc.
- **Contribución con políticas públicas:** Algunas intervenciones se requieren para promover o apoyar objetivos de política pública, tales como combate a la pobreza, protección del ambiente, protección a determinados sectores, educación, acceso a la tecnología, etc.

Como se indicó de previo, los objetivos pretendidos por la regulación deben ser legítimos, así como los medios elegidos para alcanzarlos. Por ello, en esta segunda etapa de análisis se identificarán tanto los objetivos generales de la norma, como los específicos de cada una de las restricciones contenidas en ella, diferenciando estos objetivos de los medios o instrumentos para alcanzarlos (esto será útil más adelante para estudiar alternativas). Dichos objetivos se contrastarán con el resto de los fines de la regulación para asegurar que no haya inconsistencias o contradicciones, así como con la legislación aplicable para verificar su validez (ACCO, 2010).

2. Análisis de proporcionalidad y razonabilidad

Seguidamente, se procederá a valorar si las restricciones a la competencia identificadas en la Primera Etapa son un medio razonable y proporcional para alcanzar sus objetivos. Es decir, se analizará si dichas restricciones son idóneas para la consecución del fin perseguido, necesarias para alcanzarlo y proporcionadas, de forma que la restricción a la competencia que provoquen sea la mínima necesaria para lograr los fines previstos (ADCA, 2013).

Para ello, entonces, las restricciones a la competencia serán analizadas para verificar si cumplen con los siguientes principios (ACCO, 2010):

- **¿Es necesaria?:** Debe existir una relación causal entre el fin de interés público que persigue la regulación y el medio elegido para alcanzarlo. Además, para minimizar su impacto, las restricciones no

deben extenderse más allá de lo que es estrictamente necesario. Para ello, se debe comprobar que, en ausencia de la restricción, se vería lesionado el interés *público* que pretende proteger.

- **¿Es proporcional?:** Los reguladores deben intervenir solamente cuando sea necesario y los remedios adoptados tienen que ser adecuados para solucionar el problema identificado (Better Regulation Taskforce, 2005). Contrastando una y otra, se debe asegurar que el costo de las restricciones contenidas en la regulación no supera el beneficio que con ella se pretende para la colectividad.
- **¿Es eficaz?:** La norma o regulación debe ser capaz de alcanzar los objetivos o efectos deseados, actuando directamente sobre las causas del problema que busca solucionar, para promover los cambios de comportamiento necesarios para resolverlos (RIA, 2018). No se justifica limitar la competencia por medio de regulaciones que sean de difícil o imposible implementación, o que en la materialidad no sean útiles para alcanzar los fines de interés público que persiguen.
- **¿Es transparente?:** Debe existir transparencia y claridad en el proceso de adopción de las normas, regulaciones y demás actos administrativos, así como en su redacción final y en la forma en que se implementa y ejecuta.
- **¿Es predecible?:** La regulación debe ofrecer a los agentes económicos un marco estable y sólido, que genere seguridad jurídica.
- **¿Es indispensable?:** Entre las distintas alternativas disponibles para alcanzar un objetivo, debe elegirse aquella que implique el menor impacto posible a la competencia en el mercado. Sobre este principio, también conocido como de “mínima distorsión”, se centra la tercera etapa del análisis.

Aquellas restricciones que no cumplan con estos criterios no estarán justificadas y, en consecuencia, se recomendará su reforma o eliminación. Con relación a aquellas que sí se justifiquen, continuará el análisis en la tercera etapa, para asegurarse que es idónea para perseguir el fin deseado.

C. Tercera etapa de análisis: ¿Hay alternativas menos restrictivas para alcanzar el mismo fin?

Es posible que las restricciones a la competencia contenidas en la regulación estén justificadas, pero sus objetivos pueden alcanzarse de forma distinta y menos restrictiva. De ahí la importancia de valorar alternativas regulatorias que permitan alcanzar los objetivos que persigue la regulación, de forma tal que se elimine o se reduzca lo más posible su impacto negativo sobre la competencia en el mercado (COFECE, 2016).

Esta Tercera Etapa de análisis consistirá entonces en una aplicación del principio de “indispensabilidad” o de “mínima distorsión” mencionado líneas arriba, que a su vez se deriva también del principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado de forma reiterada que cuando existan varias opciones para alcanzar un mismo fin, siempre debe elegirse aquella que restrinja en menor escala los derechos de los administrados (Sala Constitucional, 1992).

Así, para cada restricción que supere el análisis de razonabilidad (según la Segunda Etapa antes descrita) se evaluarán sus posibles efectos, comparándolos con los de las posibles alternativas, para favorecer las que menos afectan el proceso de competencia (OECD, 2019). Por ello, primero se considerará la forma en que las restricciones analizadas influyen en la estructura de los mercados y en el comportamiento de las empresas y consumidores en dichos mercados o en mercados relacionados (ICN, 2014). Posteriormente, se diseñarán las posibles alternativas, comparando los efectos previsibles en el mercado de cada una de estas con las de la provisión originalmente propuesta.

El diseño de estas alternativas obedece siempre a un análisis caso-a-caso, ya que debe considerar elementos y características de cada situación particular. Por ejemplo, se deberá tomar en cuenta el producto o servicio a regular, los posibles afectados, el comportamiento histórico de ese mercado, los cambios e innovaciones

tecnológicas, etc. Sin perjuicio de lo anterior, con base en experiencias internacionales es posible establecer algunos lineamientos generales que pueden servir como un valioso insumo a la discusión en determinadas situaciones (ACCO, 2010) (ADCA, 2013):

Situación	Recomendación
Al fijar estándares, regular el resultado y no el procedimiento.	Si se tiene como objetivo mejorar la calidad o seguridad de un producto o servicio, se deben establecer estándares mínimos de calidad o seguridad, pero sin especificar cómo se deben alcanzar.
Regular el acceso al mercado de la forma menos restrictiva posible.	Cuando sea necesario regular la entrada a un mercado, optar por los posibles mecanismos en este orden de prioridad, debiendo justificar siempre los motivos para la adopción de cualquier medida que no implique la mínima restricción: a) Comunicación de cumplimiento de requisitos mediante declaración jurada y control <i>ex post</i>. b) Otorgamiento de licencias o permisos sin límite cuantitativo, para que todos los que cumplan los requisitos puedan operar. c) Otorgamiento de una cantidad limitada de licencias, permisos o concesiones.
Si se justifica otorgar derechos exclusivos, promover la competencia “por el mercado”.	Diseñar los requisitos y procedimientos de entrada de forma tal que sea atractivo para los posibles proveedores competir por obtener el derecho exclusivo (competencia “por el mercado”). La duración de estos derechos exclusivos deberá ser la mínima necesaria para dar al operador o proveedor adjudicado una oportunidad razonable de recuperar la inversión, y así poder repetir el proceso competitivo tan frecuentemente como sea posible.
Otorgar licencias o autorizaciones en plazos breves y mediante procedimientos simples.	La simplificación de trámites y procedimientos no es solo una herramienta para promover la inversión. También puede ser útil para promover la competencia en los mercados, al disminuir los costos de entrada y de salida, facilitando la entrada de nuevos competidores y evitando beneficiar indebidamente a los operadores existentes.
Fijar las restricciones por el plazo de vigencia más corto posible.	Las restricciones a la competencia deben regir por el menor tiempo posible, para poder revisar frecuentemente si se mantienen las razones que justificaron su adopción.
Evitar las regulaciones de precios.	La regulación de precios debe siempre ser un mecanismo de última instancia. Los objetivos normalmente invocados para su adopción suelen ser alcanzables por otros medios, excepto en situaciones muy particulares (como por ejemplo los monopolios naturales). En lugar de fijar precios máximos muchas veces es posible eliminar barreras de entrada o fortalecer las reglas de acceso a infraestructura. En lugar de los precios mínimos o fijos se pueden establecer estándares de calidad y seguridad, o reglas reforzadas de información al consumidor.

Situación	Recomendación
Considerar el uso de instrumentos no regulatorios.	En ocasiones, los objetivos que pretende la regulación pueden procurarse por mecanismos no regulatorios, tales como campañas de información, incentivos económicos, códigos de conducta y otros. Una alternativa a la regulación puede ser también el uso de mecanismos de mercado para promover la conducta deseada. Por ejemplo, en una industria en la que se permiten ciertos niveles de tolerancia en el impacto ambiental de sus actividades podría permitirse la posibilidad de ceder a otras la porción no “utilizada” de sus emisiones, de manera que el propio mercado incentive reducciones en la contaminación. Este mecanismo podría ser más eficiente que otorgar subsidios o exoneraciones a las empresas menos contaminantes (OCDE, 2019). Una alternativa, incluso, podría ser “no hacer nada”, es decir, eliminar completamente la regulación o decidir no intervenir (RIA, 2018). En muchas ocasiones, la respuesta más apropiada ante una situación es precisamente abstenerse de emitir la regulación, ya que las alternativas existentes pueden ser innecesarias o generar consecuencias no deseadas (Better Regulation Taskforce, 2005)

Las alternativas deben también cumplir los principios generales de razonabilidad descritos en la Segunda Etapa del análisis. Es decir, solamente se considerarán alternativas que sean eficaces, proporcionales, necesarias, etc. y que generen menor impacto sobre la competencia que la restricción analizada.

Una vez consideradas las distintas alternativas disponibles, se formulará la recomendación final por parte de la SUTEL, la cual podría consistir en mantener la regulación o propuesta, introducir modificaciones o eliminarla en su totalidad.

VI.

Algunos ejemplos de evaluación de regulaciones

que pueden limitar la competencia

VI. Algunos ejemplos de evaluación de regulaciones que pueden limitar la competencia

A continuación, a modo de ejemplo, se indicará la forma en que podría aplicarse esta metodología a algunas restricciones representativas, con referencia a los principales elementos contemplados en este análisis: los objetivos usualmente buscados por la regulación, la forma en que afecta al mercado y algunas de las posibles alternativas que permiten alcanzar el objetivo con la menor afectación posible a la competencia.

Según se indicó, el análisis de una regulación implica considerar una serie de factores particulares que, en ocasiones, son muy específicos y cambian con el transcurso del tiempo. De ahí que el análisis debe siempre hacerse caso a caso, para tomar en cuenta siempre las circunstancias específicas que podrían ser relevantes (ICN, 2014).

Estos ejemplos, por lo tanto, no limitarán la forma en que podría hacerse la valoración en algún caso específico. Tampoco se incluyen todas las posibles restricciones a la competencia que podrían contener las regulaciones y por tanto no pretende ser exhaustivo. Lo que se busca este apartado es ilustrar con ejemplos concretos algunos de los elementos que podrían eventualmente incorporarse cuando se analicen algunas de las restricciones a la competencia que más comúnmente se identifican en las regulaciones.

A. Regulaciones que limitan la cantidad o variedad de participantes del mercado

La posibilidad de entrada de nuevos competidores al mercado ejerce presión competitiva en los oferentes existentes, estimulándolos a incrementar la oferta, así como a mejorar los precios, variedad y calidad de los productos o servicios (COFECE, 2016). Además, cuando es fácil entrar a un mercado es menos probable que alguno de los participantes tenga o ejerza poder sustancial en este (ADCA, 2013).

Por el contrario, limitar la cantidad de proveedores en un mercado aumenta el grado de concentración y las posibilidades de ejercer poder de mercado, ya que se reduce la rivalidad entre los proveedores existentes y aumenta la probabilidad que las empresas realicen comportamientos anticompetitivos. En algunos casos, además, aumenta la posibilidad de coordinación entre competidores. Si bien podría haber motivos para reducir la cantidad de participantes en el mercado, estos deben balancearse cuidadosamente con los beneficios de la presión competitiva generada por nuevos entrantes (OCDE, 2019).

Para mayor abundamiento, una regulación puede limitar la cantidad de competidores cuando contiene disposiciones como las que se enumeran a continuación, entre otras posibles.

1. Otorga a un proveedor o grupo de ellos el derecho exclusivo para explotar algún recurso, suministrar un bien o prestar algún servicio.

Las regulaciones que conceden el derecho a comercializar en exclusiva un producto o servicio implican la creación de un monopolio privado. Estos derechos tienen como propósito usual incentivar la inversión en infraestructura, particularmente en mercados con altos costos hundidos y economías de escala (COFECE, 2016), en los que la posibilidad de recuperar la inversión es incierta. Con frecuencia tiene lugar en el contexto de un monopolio natural, aunque en ocasiones se abusa de estos derechos en situaciones que no lo ameritan. (OCDE, 2019).

Se debe ser sumamente cuidadoso en la creación y otorgamiento de este tipo de derechos, ya que durante su vigencia anulan totalmente la competencia “en el mercado”, por lo que solo es posible la competencia “por el mercado”. Es decir, los distintos agentes económicos compiten por obtener el derecho en exclusiva. Cuando se acude a este tipo de restricciones indebidamente, se corre el riesgo de generar en el mercado efectos similares a los de un monopolio, con la consiguiente afectación del precio, calidad, innovación, etc. Una vez otorgado el derecho exclusivo es costoso y difícil evitar un posible abuso de poder de mercado.

El otorgamiento de derechos exclusivos debe ser siempre considerado como una última opción regulatoria.

Alternativamente y en la medida de lo posible, se debe optar por sustituir sistemas de “concesión” por otros de “autorización”, de manera que puedan existir varios proveedores de un mismo producto o servicio (ADCA, 2013). Cuando el esquema de autorizaciones no sea posible, podrían explorarse alternativas como dividir el derecho exclusivo entre varios participantes, otorgar el derecho mediante mecanismos competitivos (competencia “por el mercado”), reducir al máximo el plazo de vigencia del derecho exclusivo y, en el caso que implique la disposición sobre una red o infraestructura esencial monopolizada, asegurar el acceso a esta por parte de terceros (ACCO, 2010).

2. Establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones para operar en el mercado.

El requerimiento de una autorización o permiso previo para poder operar es una barrera de entrada que, en ocasiones, se justifica en la necesidad de garantizar de previo la idoneidad de los participantes en el mercado. Se constituyen así en un mecanismo de protección al consumidor para actividades que entrañen especial riesgo o que requieran estándares particularmente altos de calidad (ACCO, 2010); sin embargo, algunas veces los requisitos exigidos son excesivos, por lo que podrían convertirse en un mecanismo de protección para los competidores existentes y generar escasez, con el consiguiente incremento de los precios o reducción de la calidad a lo largo del tiempo. Estos efectos anticompetitivos se acentúan cuando el procedimiento para obtener el permiso es innecesariamente complejo y extenso (ADCA, 2013). Una alternativa regulatoria es la de sustituir las autorizaciones por un mero aviso o inspecciones *ex post* (COFECE, 2016).

En los casos que sea necesario requerir el permiso o licencia, se recomienda asegurarse que todos los requisitos estén debidamente justificados y que se puedan cumplir de la forma más simple y fácil posible. Además, debe optarse por sistemas que no restrinjan la cantidad de licencias por otorgar, para que todos quienes cumplan los requisitos puedan dedicarse a la actividad. Si es indispensable otorgar una cantidad limitada de licencias, se debe establecer un plazo de duración lo más corto posible y facilitar la transmisión de licencias a terceros (ADCA, 2013). Todo lo anterior, para evitar que la exigencia de la autorización se convierta en una barrera excesiva de entrada al mercado.

3. Limita la posibilidad de ciertos tipos de operadores o proveedores para ofrecer un bien o prestar un servicio.

Como tesis de principio, se debe procurar la participación en el mercado de la mayor cantidad posible de oferentes, exigiendo únicamente aquellas características que sean indispensables para la prestación del servicio.

En ocasiones es conveniente establecer un estándar mínimo de calidad para la prestación de un servicio o el suministro de un bien, asegurándose que solamente puedan optar por participar en el mercado agentes económicos que reúnan ciertas características (escala, capacidad financiera, ubicación, tecnología, etc.). En algunos casos, este tipo de restricciones buscan impulsar un sector o industria cuya promoción reviste especial interés para el Estado, mediante políticas proteccionistas. A menudo, sin embargo, estas restricciones son excesivas, limitando indebidamente la oferta y por ende la intensidad de la competencia entre los participantes del mercado (ADCA, 2013).

Como alternativa a esta restricción, aquellos sectores que requieran una asistencia o apoyo especial podrían recibirlo por otras vías (como acceso a financiamiento y a tecnología, transferencias directas, etc.), de forma tal que no se afecte la dinámica competitiva ni se comprometa el bienestar del consumidor (OCDE, 2019).

4. Eleva de forma significativa el costo de entrada o de salida del mercado para un operador.

La imposición de requisitos a la entrada o salida de un mercado usualmente pretende proteger al consumidor, al garantizar un estándar mínimo de calidad que deben cumplir los agentes económicos que participan en el mercado, especialmente cuando la actividad representa algún riesgo. Sin embargo, constituye un desincentivo a la entrada al mercado, por los costos asociados con la entrada y la anticipación de los de salida (OCDE, 2019) y aumentan innecesariamente el riesgo para el nuevo entrante (ICN, 2014).

Los requisitos injustificados, en muchas ocasiones, podrían sustituirse por otros que impliquen menores costos. Por ejemplo, exigencias de solidez financiera o experiencia previa, podrían en algunos casos sustituirse por obligaciones reforzadas de proporcionar información al consumidor. Asimismo, las formas de demostrar el cumplimiento de algunos requerimientos técnicos podrían ampliarse, permitiendo en donde sea posible el uso de declaraciones juradas o documentos de fácil obtención, en lugar de testeos previos (ACCO, 2010).

5. Crea barreras geográficas para ofrecer bienes o prestar servicios.

Las restricciones geográficas para suministrar servicios o vender productos por lo general se establecen para proteger a las empresas locales, que no resistirían competencia proveniente de otros territorios. Esta reducción artificial del área permitida para la prestación de un servicio o provisión de un bien aumenta la concentración del mercado, lo cual facilita el ejercicio de poder de mercado, afecta la variedad de opciones disponibles en el mercado y favorece la ejecución de posibles prácticas anticompetitivas (ADCA, 2013).

Por lo general, son muy pocos los casos en los que restricciones de este tipo estén justificadas. Por ello, es frecuente encontrar amplias posibilidades de sustituirlas por otras menos restrictivas. Por ejemplo, si un sector o actividad requiere apoyo, es posible brindarlo por medio de ayudas directas o un tratamiento regulatorio favorable, sin perjudicar a los consumidores mediante el cierre o la reducción del mercado (OCDE, 2019).

6. Limita la transferencia o cesión de licencias y autorizaciones.

Este tipo de limitaciones constituye una barrera a la entrada a la expansión de operadores o proveedores, que por lo general se convierten en un incremento de costos y retraso en la entrada de nuevos competidores, lo que termina por afectar el dinamismo del mercado. Son especialmente restrictivas cuando existen firmas establecidas con poder de mercado, ya que tienden a fortalecer esta posición de poder, y además limitan la entrada de firmas con bajos costos (Banco Mundial, 2016).

Como alternativas menos lesivas para el proceso de competencia, podrían buscarse regulaciones que aseguren al Estado que el cesionario de la licencia o la autorización cuenta con las características y capacidades mínimas requeridas para cumplir con los propósitos por los cuales se exigió la licencia o autorización originalmente. Con ello, se asegura el cumplimiento del fin público sin comprometer ni restringir la competencia más allá de lo indispensable.

7. Crea preferencias en las compras de gobierno a efecto de promover o beneficiar a una categoría o grupo de proveedores.

Algunas reglas de procedimientos de contratación pública favorecen a ciertos oferentes, con el propósito de promover el desarrollo de cierto tipo de empresas. Estas disposiciones, sin embargo, limitan la participación de una mayor cantidad de oferentes y limitan las alternativas para la administración, así como las características de los bienes y servicios que busca (COFECCE, 2016). Esto contradice directamente el propósito de los procedimientos de contratación pública y podría implicar un uso ineficiente de recursos del Estado.

Como alternativa, se deben evitar este tipo de disposiciones, en resguardo del principio de neutralidad competitiva. El apoyo a empresas o sectores que lo requieran se puede dar por otros medios que no afecten la competencia en el mercado, como programas de estímulo a la industria, facilitando el acceso a financiamiento y la tecnología, etc.

De existir motivos legítimos para apoyar o promover las actividades de un sector o grupo de agentes económicos, deben buscarse alternativas para hacerlo sin afectar el proceso de competencia ni a los consumidores o usuarios.

B. Limitaciones a la capacidad de competir

Para que exista un verdadero proceso de competencia en el mercado no solo debe haber variedad de oferentes, sino que estos deben competir vigorosamente entre sí. La regulación reduce la capacidad de las empresas para hacerlo cuando les impide la toma de decisiones o la diferenciación de producto, o bien, cuando establece ventajas indebidas que benefician a algunos agentes económicos en detrimento de los demás (COFECE, 2016).

Sin ser exhaustivos, algunos ejemplos de lo anterior ocurren cuando la regulación:

1. Limita las condiciones de la oferta de determinados bienes o servicios, incluyendo la posibilidad de determinar el precio o las condiciones de intercambio.

En algunas oportunidades, los controles de precios o de las condiciones en las cuales se ofrecen determinados bienes o servicios se justifican en mercados monopólicos u oligopólicos, para compensar la falta de opciones del consumidor. Por ello, en ocasiones se acude a regulaciones de precios máximos que buscan proteger al consumidor en mercados con poca o nula competencia, o precios mínimos para garantizar cierto nivel de rentabilidad y promover la inversión en mercados altamente volátiles (COFECE, 2016). Este debe ser un mecanismo de última instancia regulatoria, para aplicarse de forma excepcional y en casos calificados. Sin embargo, en ocasiones se acude a estos mecanismos aun cuando existen alternativas menos restrictivas para la competencia.

La fijación de precios casi siempre tiene un impacto negativo en la competencia, ya que reduce uno de los principales componentes de la rivalidad entre los agentes económicos. Cuando se regulan los precios, por lo general, estos aumentan por encima de lo que sucedería en un mercado competitivo. Asimismo, es frecuente también que producto de la regulación disminuya la calidad de los productos o servicios o se genere escasez.

Lo mismo ocurre con las disposiciones que directa o indirectamente afectan los términos de venta no relacionados con el precio, tales como la duración de contratos, garantías y servicios en el mercado (ICN, 2014). En este mismo sentido, los precios “orientativos” o “recomendados” también son restrictivos de la competencia, ya que facilitan la coordinación entre los agentes económicos y por lo general terminan funcionando como precios fijados oficialmente (ADCA, 2013). Otras restricciones a las condiciones en las que se ofrecen los servicios tienen también como efecto que eliminan la diferenciación entre las distintas opciones de los consumidores.

Por ello, salvo en casos excepcionales, se recomienda buscar alternativas a las regulaciones de precios. Por ejemplo, en situaciones monopólicas u oligopólicas se podría optar por eliminar las barreras de entrada o las barreras a la competencia que la originan (salvo que se trate de un monopolio natural). Por su parte, si se pretenden evitar conductas predatorias, un mejor remedio para ello podría ser la aplicación de las normas de competencia a los infractores, o el establecimiento de estándares (razonables) de calidad. En los casos que por orden público se requiera incentivar una inversión cuya rentabilidad es incierta, podrían buscarse otros mecanismos para compensar al agente económico o disminuir su riesgo sin que sea a costa de los consumidores por medio de tarifas mínimas garantizadas.

2. Limita la capacidad de promocionar o hacer publicidad de bienes o servicios.

La publicidad es uno de los mecanismos por medio de los cuales los agentes económicos disputan la preferencia de los consumidores. En algunos casos, sin embargo, se establecen restricciones y limitaciones a la publicidad de algunos productos o servicios, sea porque tienen un valor social negativo, para proteger al consumidor de publicidad “excesiva” o para proteger a grupos vulnerables.

Estas restricciones, si bien podrían ser socialmente beneficiosas, en muchas ocasiones son excesivas y le reducen dinamismo a la competencia, generándose también una barrera de entrada por la imposibilidad de comunicar efectivamente la existencia de nuevos competidores o productos (OCDE, 2019).

Por lo general las leyes de protección al consumidor contienen disposiciones para evitar la publicidad engañosa o abusiva. De haber alguna sensibilidad especial por la naturaleza del servicio o del público al que se dirige se podrían establecer deberes específicos para asegurar que el consumidor reciba información completa y veraz.

3. Establece estándares técnicos o de calidad de los productos o servicios que proporcionan ventajas discriminatorias o exigencias que van más allá de lo razonable.

El establecimiento de estándares técnicos muchas veces ofrece beneficios a los consumidores al asegurar determinados niveles de calidad y seguridad (COFECE, 2016), igualmente pueden servir para promover la entrada de nuevos productos al asegurar la compatibilidad técnica con los ofrecidos por otros proveedores; sin embargo, también pueden generar desigualdades y ventajas indebidas entre los agentes económicos. Lo anterior, particularmente cuando incluye requerimientos innecesarios de calidad o la obligación de ofrecer un conjunto mínimo obligatorio de servicios, adoptar cierta tecnología, organizar su negocio de cierta forma y otros cuya implementación sea más fácil para algunas empresas que para otras, interfiriendo con el derecho a escoger libremente sus estructuras y procesos, lo cual podría proteger a determinados agentes económicos por motivos distintos a la eficiencia (ICN, 2014).

Muchas de estas regulaciones, además, generan fuertes costos adicionales para las empresas, quienes para cumplirlas podrían verse en la necesidad de hacer importantes inversiones. Estos costos excesivos generan desigualdades aun cuando deban ser cumplidos por todos los operadores del mercado. La experiencia demuestra que las firmas más grandes y establecidas pueden sortear más fácilmente que las firmas nuevas y pequeñas las barreras regulatorias, lo cual se confirma por el hecho en que los mercados más regulados hay menos empresas nuevas y menor crecimiento del empleo (Bayley & Diana, 2015).

Como alternativa para estas restricciones, se sugiere exigir siempre una calidad aceptable para asegurar la protección al consumidor, evitando exigencias exageradas y desproporcionadas. En este proceso, se debe considerar que cuanto menor sea la asimetría informativa por parte del consumidor, menor debe ser la calidad mínima exigida. Asimismo, se debe configurar la regulación de forma tal que se enfoque en exigir un resultado y no un procedimiento específico para obtenerlo (OCDE, 2019). Se puede también considerar la posibilidad de, ante cambios importantes de estándares técnicos, brindar asistencia y oportunidades suficientes para que los operadores existentes ajusten su tecnología.

4. Eleva los costos de algunos operadores o proveedores respecto a otros.

En ocasiones las regulaciones pueden tener el efecto de generar asimetrías en los costos que deben incurrir los distintos participantes del mercado. Esto podría significar dar un trato especial a empresas que tengan determinadas características, así como la implementación de estándares de calidad para los productos que favorezcan a unas empresas sobre otras (ICN, 2014). Estas diferencias entre los costos de los distintos oferentes generan desigualdades que podrían interferir en el proceso competitivo, reduciendo la innovación y la intensidad de la competencia en el mercado (COFECE, 2016).

Un ejemplo de ello son las cláusulas de “derechos adquiridos” o de “antigüedad”, que ante un cambio regulatorio permiten a participantes actuales del mercado continuar operando con las reglas antiguas mientras que exigen a los nuevos entrantes sujetarse a las nuevas. Este tipo de reglas podrían desincentivar la inversión, generar asimetrías, promover la ineficiencia y llevar a precios más altos (OCDE, 2011).

Como alternativa, se deben evitar estas cláusulas si no resultan imprescindibles. Cuando lo sean, limitar su vigencia al menor tiempo posible, de forma proporcional a la dificultad de adaptarse a las nuevas exigencias. Asimismo, si bien los subsidios en algunos casos se justifican, se recomienda que se establezcan por tiempo limitado y que se dirijan realmente a mejorar el desempeño de empresas viables y atender fallas de mercado (OCDE, 2019).

5. Exige el uso de algún estándar, modelo, plataforma o tecnología en particular, o de algún producto o servicio protegido por derechos de propiedad intelectual o que resulte costoso

Este tipo de restricciones, por lo general, pretenden proteger al consumidor, exigiendo determinados requisitos para asegurar un estándar mínimo de calidad o para homologar las características de un producto o servicio (COFECE, 2016). Asimismo, podrían ayudar a reducir las externalidades negativas que se puedan derivar en caso de cierre de la actividad (que afecten, por ejemplo, el medio ambiente) (ACCO, 2010).

Sin embargo, por lo general tienden a elevar significativamente los costos de entrada o de salida de un mercado, reduciendo el número de operadores y proveedores, así como la rivalidad entre los jugadores existentes. Asimismo, podrían también promover la salida del mercado de aquellos a quienes se les dificulte el cumplimiento del requisito (COFECE, 2016). Esto podría tener como consecuencia un desmejoramiento en las condiciones en las que se ofrece el servicio en el mercado, sea aumentando el precio o reduciendo la calidad. También podría generar ventajas o beneficios indebidos cuando el acceso a la tecnología exigida es reducido o escaso, por ejemplo, cuando está protegida por derechos de propiedad intelectual que pertenecen a un tercero.

Como alternativa, se recomienda regular el objetivo final y no el procedimiento. Es decir, si la seguridad, calidad o determinada característica del bien o servicio es importante, se deben establecer los estándares mínimos que deben cumplirse, pero sin especificar la forma o modo en que se debe alcanzar. Esto tiene como consecuencia adicional la posibilidad de los operadores o proveedores de diferenciarse e innovar en la forma que darán cumplimiento a esta obligación.

C. Reduce incentivos para competir vigorosamente

En algunos casos la regulación no disminuye la posibilidad de los distintos agentes económicos de competir entre sí, pero podría desincentivarlos a hacerlo. Por ejemplo, podría facilitar la coordinación entre ellos, limitando las posibilidades de los clientes de cambiar de proveedor o generando efectos similares a los que tendría un cartel.

Entre otras formas, una regulación puede tener este efecto, por ejemplo, cuando:

1. Genera un régimen de autorregulación o co-regulación

En ocasiones, un gremio o industria participa activamente en el proceso regulatorio de sus actividades, sea de forma independiente (autorregulación) o con la participación del Estado (co-regulación). Este tipo de esquemas muchas veces son beneficiosos, ya que permiten ajustarse a cambios tecnológicos, uniformar mejores prácticas, establecer normas éticas y otros; sin embargo, en ocasiones también pueden generar efectos anticompetitivos, ya que podrían convertirse en mecanismos para adoptar acuerdos anticompetitivos, establecer barreras para el ingreso al mercado o permitir el intercambio de información estratégica (ICN, 2014).

Al adoptarse estos esquemas, las autoridades deben siempre mantener la posibilidad de intervenir en el mercado cuando sea necesario, de manera que la co-regulación o la autorregulación sean complementarias de las reglas que protegen la libre competencia y no las contradigan. Asimismo, deben evitarse disposiciones que faciliten intercambios indebidos de información o que puedan constituir o facilitar prácticas monopolísticas. Por otra parte, se deben evitar disposiciones que al establecer el esquema de co-regulación o autorregulación excluya a una o más actividades de la aplicación de las leyes de competencia.

2. Exige o fomenta la publicación de información sobre volúmenes de producción, precios, ventas o los costos de los agentes económicos.

El objetivo usual de este tipo de regulaciones es mejorar el nivel de información y reducir los costos de búsqueda del consumidor, lo cual podría provocar que los mercados se comporten de forma más eficiente. Asimismo, podrían también promover la cooperación entre las empresas en actividades en las que hay economías de escala, como en los proyectos de investigación y desarrollo (ACCO, 2010).

Sin embargo, la incertidumbre sobre las posibles acciones de los competidores es parte esencial de un proceso de competencia. Por ello, estas disposiciones suelen tener efectos nocivos para la dinámica competitiva en los mercados, facilitando la colusión y el paralelismo en el comportamiento de los diferentes actores al reducir artificialmente la rivalidad entre ellos.

Alternativamente, debe evitarse hacer públicos los datos salvo que sea estrictamente necesario. En este último caso, los datos publicados deben ser agregados de forma tal que no permita individualizar la información de los diferentes agentes económicos que los suministran. Asimismo, debería en estos casos publicarse datos históricos y no actuales ni proyecciones futuras, ni incentivar comportamientos colusorios de las empresas.

3.Exime un sector, actividad o agentes económicos de la aplicación de las leyes de competencia.

Las exenciones parciales o totales a la aplicación de las normas de competencia permiten a un grupo de empresas o a un sector realizar conductas que en condiciones normales estarían prohibidas, pudiendo actuar al margen de la libre competencia. Para ello, conforme al artículo 9 de la Ley 7472 se requiere de una ley formal que autorice expresamente esta actividad.

Las mejores prácticas internacionales recomiendan evitar este tipo de exenciones a favor de agentes, sectores o actividades económicas. Al contrario, debe promoverse una aplicación transversal de los principios de competencia en todas las actividades económicas, para no privar a los consumidores y usuarios de los beneficios que genera la competencia y la rivalidad de los participantes en un mercado (COFECE, 2016).

4.Promueve o permite acuerdos anticompetitivos

De forma similar al caso anterior, en ocasiones una Ley no exonera totalmente a un sector o actividad de la aplicación de las leyes de competencia, pero autoriza a los operadores o proveedores a alcanzar acuerdos anticompetitivos que en condiciones normales estarían prohibidos. Estas conductas son normalmente las que más perjudican a los consumidores, ya que consisten en una negación al principio de competencia mediante la realización de carteles autorizados por Ley.

Al igual que con las exoneraciones totales, debe siempre procurarse la eliminación de estas leyes especiales que autorizan la realización de acuerdos anticompetitivos, salvo que se trate de situaciones muy particulares que cuenten con suficiente justificación (lo cual se prevé que es poco frecuente ya que por lo general existirán medios menos restrictivos para procurar el objetivo deseado). Aún en estos casos, deberán hacerse revisiones periódicas para verificar si variaron las circunstancias que dieron origen a la excepción o si, por el contrario, ésta ya no se justifica.

5.Genera incertidumbre regulatoria, permite la aplicación discrecional de las regulaciones.

La existencia de reglas claras y predecibles es un presupuesto necesario para la seguridad jurídica, lo cual promueve la inversión y la entrada de competidores a los mercados. Por ello, cuando las reglas son imprecisas o se aplican de forma errática se favorece a los operadores o proveedores ya existentes, al generarse desincentivos o barreras al ingreso a los mercados.

Por ello, es vital que las normas que regulan el acceso a los mercados y el comportamiento de los agentes económicos sean claras, con requisitos o criterios objetivos y transparentes, evitando al máximo las ambigüedades y el exceso de discrecionalidad. Asimismo, su aplicación debe ser objetiva y uniforme, evitando favoritismos, opacidad y las arbitrariedades.

D. Limita las opciones e información disponible para los consumidores

En otros casos, las medidas contenidas en las regulaciones tienen efectos en la posibilidad de los consumidores de tener suficiente información que les permita conocer las alternativas u optar por el

producto o proveedor de su preferencia, lo cual resta dinamismo al proceso competitivo. Lo anterior sucede, entre otros, en casos como los siguientes:

1. Limita la información disponible y la posibilidad de los consumidores de elegir a quién compran los servicios de telecomunicaciones.

Para que un mercado funcione adecuadamente no basta con que los consumidores tengan distintas opciones competitivas entre sí para elegir. También es necesario que estén en posibilidad de elegir libremente entre estas alternativas, basados en sus intereses, preferencias y en las características de los servicios que les ofrecen los distintos operadores y proveedores. Para ello, se debe asegurar que posean información suficiente para comparar entre estas opciones, para que su decisión de consumo sea libre y basada en lo que consideren que mejor satisface sus intereses (COFECE, 2016).

Por lo anterior, las regulaciones que limitan el acceso a información sobre los productos o servicios disponibles en los mercados o que de otra forma limitan las posibilidades de elección de los consumidores y usuarios, influyen de forma directa en la dinámica de competencia en el mercado. Así, una faceta de la neutralidad competitiva que deben tener las regulaciones se manifiesta en la imposibilidad de influir en el proceso de toma libre de decisiones de los consumidores.

De existir deficiencias o asimetrías, estas usualmente se corrigen con mejor calidad en la información, y solamente en casos muy excepcionales se podrían admitir restricciones de este tipo, cuando exista una necesidad de proteger al propio consumidor, por ejemplo, por razones de salud o seguridad.

2. Incrementa los costos explícitos o implícitos de cambiar de proveedor, reduciendo la posible movilidad de los clientes.

Algunas normas dificultan a los consumidores el cambio de proveedores estableciendo, por ejemplo, períodos mínimos de permanencia, penalidades significativas o la vinculación de determinados activos a proveedores específicos (ACCO, 2010). Con ello, se busca dar a los participantes de mercado mayor certidumbre en cuanto a la recuperación de sus costos e inversiones.

Sin embargo, también se generan efectos anticompetitivos, como la disuasión a la entrada de nuevos competidores y la reducción a la rivalidad entre los participantes actuales. Además, se disminuyen las opciones de elección a los consumidores, así como los incentivos de los operadores o proveedores para procurar clientela ofreciendo mejores condiciones (COFECE, 2016). Asimismo, podría facilitarse también el ejercicio del poder de mercado.

Es difícil pensar en alternativas a este tipo de regulaciones que no sean su eliminación.

VII.

Referencias y Anexos

VII. Referencias

- CCO. (2010). *Autoritat Catalana de la Competencia. Metodología para evaluar el Impacto Competitivo de las Normas (EIC)*.
- ADCA. (2013). *Agencia de Competencia de Andalucía. Guía Práctica para la Evaluación de la Competencia*.
- Banco Mundial. (2014). *Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency*. Obtenido de <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>
- Banco Mundial. (2016). *Combatiendo regulaciones que restringen la competencia a nivel sub-nacional: Estado de Tabasco, México*.
- Bayley, J., & Diana, T. (2015). *Regulating Away Competition. The Effect of Regulation on Entrepreneurship and Employment*.
- Better Regulation Taskforce. (2005). *Principles of Good Regulation*.
- COFECE. (2016). *Comisión Federal de Competencia. Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Óptica de la Competencia*. Mexico.
- Dauda, S., & Drozd, M. (2020). *Barriers to Competition in Product Market Regulation. New Insight on Emerging Market and Developing Economies*. Banco Mundial.
- ICN. (2014). *International Competition Network. Prácticas Recomendadas para la Evaluación de Competencia*. Obtenido de <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/recommended-practices-competition-assessment-sp/>
- ICN. (2018). *International Competition Network. ICN Advocacy Handbook. Approaches to Identify Policies for Competition Assessment*.
- Marcos, F. (2009). Calidad de las Normas Jurídicas y Estudios de Impacto Normativo. *Revista de Administración Pública*(179). Obtenido de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/viewFile/45834/27347>
- OCDE. (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia. Volumen II: Guía. Versión 2.0*.
- OCDE. (2011). *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*.
- OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*.
- OCDE. (2016). *Indicators of Regulatory Policy and Governance. Latin America 2016*. Costa Rica.
- OCDE. (2018). *Regulatory Policy Outlook*. Obtenido de <https://www.oecd.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm>
- OCDE. (2019). *Competition Assessment Toolkit: Volume 1. Principles*. Obtenido de www.oecd.org/competition/toolkit
- OCDE. (2019). *Competition Assessment Toolkit: Volume 3. Operational Manual*. Obtenido de www.oecd.org/competition/toolkit
- OCDE. (2019). *Recommendation of the Council on Competition Assessment, OECD/LEGAL/0376*.
- OECD. (2019). *Competition Assessment Toolkit: Volume 2, Guidance*. Obtenido de www.oecd.org/competition/toolkit
- RIA. (2018). *RIA Guidelines and RIA Guidebook for Regulatory Impact Analysis - RIA / Office for Public Policies*. Presidency of the Republic of Brazil.
- Sala Constitucional. (1992). *Voto N° 3550-92 de 24 de noviembre de 1992*.
- Sala Constitucional. (1998). *Voto N° 8858-98 de 15 de diciembre de 1998*.

Anexo: Ejemplo de otra clasificación

regulaciones con potenciales efectos restrictivos sobre la competencia

La siguiente tabla refleja la clasificación del *Markets and Competition Policy Assessment Tool (MCPAT)*, desarrollado por el equipo de Políticas de Competencia del Banco Mundial y utilizada por dicha organización en sus análisis de las regulaciones de diversos países:

Tipología general	Tipología específica	Restricciones específicas para un determinado sector
Reglas que refuerzan posiciones dominantes o limitan la entrada	Derechos monopolísticos y prohibiciones absolutas de entrada	- Exclusividades temporales - Exclusividades geográficas - Prohibición de otorgar licencias - Licencias solo a iniciativa de la autoridad
	Prohibiciones relativas a la entrada y a la expansión de actividades	- Restricción al # de puestos o licencias - Distancias mínimas - Licencia para ámbitos geográficos limitados - Limitaciones a la cesión/transferencia de licencias
	Requisitos de registro (permisos y licencias)	- Exigencia de registro/permiso/licencia - Exigencia pronunciamiento de otras autoridades - Revalidaciones anuales y requisitos innecesarios
	Incumbentes participan en decisión de entrada	- Opinión de gremios en la entrada de nuevos agentes - Opinión de competidores en la entrada de nuevos agentes
Reglas que favorecen comportamientos colusivos o incrementan los costos de competir en el mercado	Control de precios	- Precios de tarifas máximas fijados por autoridad - Restricciones en la provisión de servicios de bajo costo
	Restricciones sobre tipo de productos/servicios y sobre formato/ubicación	- Regulación de horarios/día de atención - Limitaciones descuentos/promociones - Restricciones a la publicidad
	Reglas que facilitan los acuerdos entre competidores	- Promover acuerdos entre competidores - Se requiere ser parte del gremio para entrar
Reglas que establecen tratos discriminatorios, distorcionan las condiciones de igualdad o protegen intereses creados	Reglas o aplicación discriminatoria en contra de ciertas firmas	- Requisitos de licencias más onerosos - Reglas que dan ventajas a incumbentes
	Aplicación discrecional de regulaciones	- Ausencia de criterios para licencias/tasas - Facultad limitada para cambiar/cancelar licencias
	Ausencia de neutralidad competitiva	- Estado controla/participa directamente en el mercado - Tratamiento preferente a empresas estatales

Fuente: (Banco Mundial, 2016).