



# Relaciones entre las Normas y Políticas de Competencia y la Regulación de los Servicios Públicos para Costa Rica

Informe 2015.



compal

# **RELACIONES ENTRE LAS NORMAS Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> La elaboración del presente trabajo estuvo a cargo de Germán Coloma, Consultor Internacional de la UNCTAD. La presente actividad (CR.1.2.1.) se realizó dentro del marco del Programa COMPAL, Proyecto para Costa Rica. Para mayor información sobre el Programa COMPAL, véase en <http://compal.unctad.org>

## Contenido

0. Introducción.....	4
1. Regulación y política de competencia.....	4
1.1. Ventajas y desventajas de la regulación y la política de competencia .....	5
1.2. El monopolio natural y otras justificaciones de la regulación .....	7
2. La competencia como complemento de la regulación de los servicios públicos.....	8
2.1. Concurrencia de empresas en actividades reguladas.....	9
2.2. Competencia por el monopolio.....	10
2.3. La segmentación de las actividades en etapas reguladas y desreguladas .....	11
3. Papel de la política de competencia en los sectores regulados.....	14
3.1. Sanción de prácticas anticompetitivas .....	14
3.2. Operaciones de concentración económica .....	16
3.3. Abogacía de la competencia.....	19
4. Problemas particulares de la competencia en sectores regulados.....	21
4.1. Conductas potencialmente anticompetitivas .....	21
4.2. Problemas de coordinación institucional.....	23

## **0. Introducción**

La ley costarricense de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor (ley 7472) establece como principio general que todos los agentes económicos están sujetos a sus disposiciones, pero exceptúa de manera explícita de las mismas a los prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión (artículo 9 inciso “a”) y a los monopolios del estado creados por ley (artículo 9 inciso “b”). Para dichos agentes económicos, el sistema jurídico costarricense provee normas específicas distintas de la ley 7472, que pueden considerarse en líneas generales como de naturaleza regulatoria.

El objetivo del presente folleto es ilustrar al lector acerca de las posibles relaciones que existen entre las actividades de regulación de los servicios públicos y de los monopolios del estado y las actividades relacionadas con la promoción y la defensa de la competencia en los mercados. Dichas relaciones pueden ser de distintos tipos, presentándose situaciones en la cuales la regulación y la defensa de la competencia son alternativas para resolver un problema, y situaciones en las cuales son actividades complementarias. También pueden darse, y a eso dedicaremos una sección especial del presente folleto, situaciones en las cuales la regulación genere problemas particulares de promoción y defensa de la competencia, que no existen en casos en los cuales los mercados se encuentran desregulados.

## **1. Regulación y política de competencia como alternativas**

El ejercicio del poder monopólico es sin duda uno de los mayores problemas para el funcionamiento eficiente de un mercado. En efecto, si en un mercado opera una única empresa, y la misma puede decidir libremente los precios y las condiciones de oferta de su producto o servicio, entonces la lógica de maximización de sus propios beneficios la llevará casi con seguridad a

elegir precios más elevados y cantidades más pequeñas de las que serían socialmente óptimas<sup>2</sup>.

A efectos de resolver el problema generado por la existencia de poder monopólico en los mercados, existen dos tipos básicos de intervención pública: la regulación directa de precios y cantidades (y, eventualmente, de otras variables relacionadas con la provisión del bien o servicio de que se trate) y la regulación indirecta de los mismos a través de las normas de protección y defensa de la competencia. Con las normas de regulación directa, lo que el estado intenta es resolver el problema reemplazando al sector privado en la toma de decisiones: si un monopolista privado tiene incentivos para cobrar precios más altos que lo eficiente y proveer cantidades menores que lo eficiente, un monopolista público (o un regulador público de un monopolio privado) es en cambio capaz de inducir un equilibrio de mercado con precios menores y cantidades mayores.

Cuando lo que se aplica en un mercado son normas de promoción y defensa de la competencia, en cambio, la forma que tiene el estado de intervenir es de carácter indirecto. En efecto, si el poder monopólico tiene su origen en la falta de competencia que existe en el mercado, una manera de reducirlo y de paliar sus efectos nocivos es hacer que en dicho mercado exista competencia, y que por lo tanto las empresas no hallen conveniente fijar precios elevados ni proveer bienes de baja calidad por temor a que los consumidores las reemplacen por otras empresas que ofrecen el mismo bien o servicio a un precio más bajo o con una calidad mayor.

## **1.1. Ventajas y desventajas de la regulación y la política de competencia**

Tanto la regulación directa como la política de competencia tienen ventajas y desventajas como alternativas para controlar el poder de mercado. La ventaja obvia de la regulación directa es que resuelve el problema de raíz, ya que la cantidad, la calidad y el precio que la autoridad fija pueden ser

---

<sup>2</sup> Este argumento sobre la ineficiencia del monopolio se extiende también a otras variables que pueden ser relevantes en muchos mercados, tales como la calidad y la variedad del bien o servicio ofrecido.

exactamente los que el estado considera adecuados. La mayor desventaja de este tipo de regulación, sin embargo, es su costo, puesto que exige la creación de estructuras jurídicas específicas dentro del propio estado (empresas públicas y/o agencias regulatorias) que deben operar con un criterio que, en cierto sentido, es artificial, puesto que no deben propender a la maximización de los beneficios de la empresa que administran o regulan sino a la maximización de los beneficios sociales agregados. En algunos casos esto último puede implicar que las empresas reguladas tengan pérdidas, y que dichas pérdidas deban ser subsidiadas por los contribuyentes.

La regulación indirecta a través de normas de promoción y defensa de la competencia, en cambio, permite ahorrar la mayor parte de los costos asociados con la regulación directa, ya que no necesita de la creación de empresas públicas ni de agencias regulatorias específicas, ni genera la necesidad de subsidiar actividades para lograr precios bajos, ni pretende que las empresas tomen decisiones contrarias a su interés particular. Lo que hace es simplemente crear un ambiente propicio para que existan varios proveedores de los distintos bienes y servicios, para que dichos proveedores no se pongan de acuerdo entre sí acerca de los precios que van a cobrar o de otras variables competitivas relevantes, y para que tampoco intenten excluir del mercado a otras empresas o impedirle su acceso al mismo.

¿En qué casos resulta, pues, más conveniente utilizar una regulación directa de los precios y otras variables relevantes, y en qué casos es preferible no regular y utilizar en cambio una política de promoción y defensa de la competencia? Un elemento básico a tener en cuenta para responder dicha pregunta es la conveniencia relativa de que en el mercado bajo análisis exista competencia. Si lo que se está analizando es un mercado de los que se conocen como “monopolios naturales” (es decir, un mercado en el cual es más eficiente, desde el punto de vista de los costos de proveer el bien o servicio bajo análisis, que exista una sola empresa), entonces es en general preferible establecer reglas por las cuales dicho mercado opere como un monopolio, y que los problemas derivados de la existencia de poder monopólico se solucionen a través de regulaciones directas o de la creación de empresas públicas. Si, en cambio, estamos frente a un mercado en el cual el monopolio

no tiene ventajas de costos respecto de una estructura industrial en la que coexistan varias empresas, entonces la introducción de competencia puede tener ventajas de eficiencia, y las políticas de promoción y defensa de la competencia pueden operar como herramientas para ayudar a que dicha competencia resulte más efectiva para evitar los excesos derivados de la posible existencia de poder monopólico.

## **1.2. El monopolio natural y otras justificaciones de la regulación**

Cuáles mercados son monopolios naturales y cuáles admiten en cambio estructuras con varias empresas es una cuestión que en principio sólo puede responderse analizando caso por caso y país por país (y, en algunos bienes de naturaleza local, ciudad por ciudad). Esto se debe a que ciertos productos y servicios pueden ser monopolios naturales en algunos lugares y épocas y no serlo en otros, por razones ligadas con el tamaño del mercado y con la aparición de tecnologías que vuelven más económico producir en escalas más grandes o más pequeñas. Como idea general, sin embargo, puede afirmarse que la mayoría de los servicios públicos entran en la categoría de monopolios naturales, en virtud de que para su provisión resulta necesaria la existencia de una red física (conformada por líneas eléctricas, líneas telefónicas, conductos de gas, conductos de agua corriente, cloacas, etc.) cuya duplicación tiene altos costos. Esto hace que sea en general preferible que exista una única red para proveer el servicio bajo análisis, y que dicha red sea propiedad de un monopolista.

La característica de monopolio natural de los servicios públicos es la que justifica en la mayoría de los casos la existencia de una regulación directa de los precios de los mismos en la mayoría de los países del mundo. El monopolio natural, sin embargo, puede aparecer en muchas otras actividades, aunque en la generalidad de los casos se trata de un concepto relativo. En las actividades de transporte, por ejemplo, es común que existan monopolios naturales cuando se trata de rutas con relativamente poco tránsito, pero que dicho monopolio natural desaparezca cuando el volumen comercializado aumenta. Una ruta entre

una ciudad grande y una ciudad mediana, por caso, es probablemente un mercado en el cual existan ventajas de costos para que solo opere una línea aérea; una ruta entre dos ciudades grandes, en cambio, es en general propicia para que haya varias compañías aéreas que la sirvan, y en ella puede por lo tanto existir competencia en vez de monopolio.

La opción entre regulación y defensa de la competencia, por último, puede depender de factores distintos de la existencia o no de monopolios naturales. En ciertos mercados, por ejemplo, puede ser que el estado prefiera regular los precios y las características de los bienes y servicios (o estatizar su provisión) por razones ligadas con el impacto que los mismos tienen sobre la economía en su conjunto (lo que en economía se conoce con el nombre de “externalidades”) o con la necesidad prioritaria que ciertos bienes tienen para amplios sectores de la población. En dichas circunstancias, sin embargo, la alternativa a la regulación o la estatización puede ser la existencia de un sistema de impuestos (que disuadan la oferta privada de productos que se quieren combatir) y subsidios (que favorezcan la oferta privada de bienes o servicios cuya provisión se quiere fomentar).

## **2. La competencia como complemento de la regulación de los servicios públicos**

Si bien la regulación y la competencia son básicamente formas alternativas de resolver los problemas generados por el ejercicio del poder monopólico en los mercados, la competencia también puede verse como un elemento complementario de la regulación de ciertos sectores e industrias. Las formas en las cuales la competencia puede formar parte de un esquema regulatorio son variadas. Una posibilidad es permitir que en ciertas actividades reguladas exista concurrencia de varias empresas, que si bien se encuentran limitadas para competir en las variables determinadas por el regulador (por ejemplo, el precio) sí pueden hacerlo en otras que permanecen desreguladas (por ejemplo, la localización, los servicios de posventa, etc.). Otra posibilidad es permitir que exista “competencia por comparación” (es decir, que distintos segmentos de la misma actividad estén abastecidos por distintos monopolistas,



pero que todos ellos sean regulados de la misma manera). Por último, puede existir también “competencia por el monopolio”, es decir, mecanismos por los cuales la regulación le adjudica el monopolio a cierta empresa después de pasar por un proceso en el cual compite con otras compañías interesadas en el mismo.

## **2.1. Concurrencia de empresas en actividades reguladas**

La existencia de concurrencia de varias empresas en los sectores regulados es uno de los principios sobre los que se basa el régimen costarricense de regulación de los servicios públicos. En efecto, el artículo 13 de la ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) establece claramente que los prestatarios de servicios públicos no tienen “ningún derecho monopólico sobre el servicio público que exploten”, lo cual se manifiesta en el hecho de la ARESEP puede otorgar nuevas concesiones, permisos y autorizaciones cuando “la demanda de servicios lo justifique o estos puedan ofrecerse en mejores condiciones para el usuario”<sup>3</sup>. Esta regla se aplica sobre todo en las actividades en las que existe efectiva concurrencia de oferentes de un bien o servicio, en las cuales tiene por lo tanto suma importancia que dichos oferentes compitan entre sí por la captación de los clientes en vez de concertar prácticas por las cuales dichos clientes queden sin opción.

La competencia por comparación, en cambio, tiene su mayor importancia cuando se trata de actividades organizadas en base a “monopolios locales”. Si existen distintas empresas que tienen la concesión del mismo servicio en áreas diferentes, o en rutas diferentes dentro de la misma área, pero todas ellas se hallan sujetas a la misma regulación, entonces la autoridad reguladora puede comparar el desempeño relativo de dichas empresas y establecer un sistema de premios y castigos que favorezca a las empresas más eficientes y penalice a las menos eficientes. Esto se logra, por ejemplo,

---

<sup>3</sup> A este principio, sin embargo, se le opone la existencia de varios monopolios creados por normas específicas, así como una preferencia general para los concesionarios que se encuentren prestando el servicio, que aparece en el propio artículo 13 de la ley de la ARESEP.

estableciendo un cuadro tarifario que se ajuste en base al costo promedio de los prestadores del servicio público de que se trate. Si un prestador, por razones de ineficiencia, incrementa sus costos más que dicho promedio, entonces sus beneficios se verán disminuidos, y deberá replantear su política empresarial para el siguiente período. Aquellos prestadores que, por razones de eficiencia, logren reducir sus costos (o incrementarlos menos que el promedio) se verán en cambio beneficiados, ya que podrán tener ganancias superiores como recompensa por dicha reducción de costos.

## **2.2. Competencia por el monopolio**

El otro mecanismo por el cual la competencia entra como un complemento importante dentro de la actividad de los sectores regulados es el que hemos denominado “competencia por el monopolio”, y se produce esporádicamente cada vez que la autoridad reguladora decide licitar una concesión de un servicio público. Para que dicha competencia por el monopolio sea más efectiva, sin embargo, es importante que la misma busque replicar del modo más cercano posible lo que sería una competencia real por la captación de los clientes. Uno de los métodos para lograr eso es que quienes se presenten a la licitación no compitan en base al monto que deberán pagarle al poder concedente por adquirir el derecho de concesión sino por el monto que le cobrarán a los usuarios por el servicio público que presten. A través de mecanismos como esos, quien gana el derecho a prestar un servicio público es aquél que ofrece la menor tarifa al público por el mismo servicio, y dicha oferta, si se produce en condiciones de competencia efectiva, hace que el que gane la licitación sea en general la empresa capaz de prestar el servicio al menor costo (puesto que en principio será ella la que estará dispuesta a cobrar un menor precio por sus prestaciones).

Un sector que usa asiduamente los mecanismos de competencia por el monopolio para elegir sus proveedores y determinar sus precios es el sector de provisión de servicios de televisión por cable en los Estados Unidos. En dicho país, la mayoría de las concesiones de servicios de TV por cable tienen el carácter de monopolios locales, y los municipios, siguiendo normas de la

Comisión Federal de Comunicaciones, suelen asignarlas a las empresas que ofrecen el menor precio al público por su paquete de servicios básicos. Otro ejemplo de este tipo de mecanismos fue la concesión de los servicios de agua corriente y cloacas en la Argentina, para el cual en la mayoría de las áreas urbanas se utilizaron procedimientos por los cuales se le otorgó la concesión a la empresa que ofrecía el mayor descuento (o el menor aumento) respecto de las tarifas vigentes.

### **2.3. La segmentación de las actividades en etapas reguladas y desreguladas**

Un punto en el cual la competencia puede ser un complemento útil de la regulación se da cuando la misma aparece en etapas intermedias dentro de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio. En tales casos, lo que se logra a través de la introducción de competencia es básicamente reducir los costos de la regulación, que pasan a limitarse a una etapa del proceso de producción y comercialización en vez de abarcar toda la cadena.

Un ejemplo de introducción de competencia en un segmento de provisión de un servicio público regulado, que ha sido introducido en numerosos países, es el de la generación de energía eléctrica. Si en una determinada economía existen varios generadores de electricidad conectados al mismo sistema de transmisión y distribución, y dichos generadores compiten entre sí por venderle a las empresas distribuidoras y a los grandes usuarios industriales, entonces el precio mayorista de la electricidad se vuelve un precio competitivo determinado por el mercado. El precio de la electricidad que pagan los usuarios residenciales y comerciales, en cambio, permanece regulado, pero la regulación se circunscribe a las actividades de transmisión y distribución, que son las propiamente monopólicas. La tarifa final que paga el usuario, por lo tanto, surge de sumarle al precio mayorista (determinado por el mercado) el margen del transportista y del distribuidor de electricidad (determinado por el regulador), que es usualmente algo más simple de calcular y de controlar que el precio que cobraría un proveedor integrado que generara, transportara y distribuyera su propia energía eléctrica. Un ejemplo latinoamericano en el cual

la regulación del sector eléctrico sigue un esquema de este tipo es la Argentina (ver recuadro 1).

#### **Recuadro 1: El sector eléctrico en la Argentina**

El funcionamiento del sector eléctrico en la Argentina se encuentra regido por la ley 24.065, del año 1992. La misma implicó un cambio sustancial respecto del sistema existente con anterioridad, ya que su aplicación coincidió con un fuerte proceso de reorganización y privatización de la industria eléctrica.

En el actual sistema, se encuentran claramente definidos tres segmentos: generación, transmisión y distribución. En el segmento de generación operan más de treinta empresas, y su regulación está basada en criterios de tipo competitivo. Así, el organismo encargado del despacho (que es la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista, CAMMESA) decide cuáles centrales eléctricas van a estar generando en cada momento, siguiendo un criterio de minimización de costos.

El precio que rige en el mercado mayorista, y al cual son remuneradas las empresas generadoras, surge de una estimación del costo marginal de generar electricidad en cada momento. Dicha estimación la efectúa CAMMESA en base a costos estándar definidos para cada central eléctrica, por lo cual el precio mayorista es siempre el costo marginal estimado para la central de mayor costo dentro de las que están operando.

Los otros actores que operan en el mercado eléctrico mayorista son las empresas de transmisión y distribución, y los grandes usuarios industriales. Las empresas de transmisión tienen el monopolio legal de determinadas redes, y sus tarifas están reguladas por el Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE), en base a criterios generales que son revisados cada cinco años. Las empresas de distribución, por su parte, le compran la electricidad a las empresas de generación, pagan la correspondiente tarifa de transporte a las empresas de transmisión, y luego venden la electricidad a los usuarios residenciales y comerciales y a los usuarios industriales pequeños. Los grandes usuarios industriales, por su parte, también le compran la electricidad directamente a las empresas generadoras, pagándole a las empresas de transmisión la misma tarifa de transporte que pagan las empresas distribuidoras.

El mercado eléctrico mayorista funciona básicamente de dos maneras. Parte de las transacciones se efectúa en el “mercado spot”, y se paga al precio que define CAMMESA a cada momento. Otra parte se efectúa en el “mercado de contratos”, en el cual las empresas generadoras pactan con las empresas distribuidoras y con los grandes usuarios cantidades y precios de largo plazo, que permiten asegurar el suministro y estabilizar el precio.

En lo que atañe al precio que pagan los usuarios residenciales y comerciales y los pequeños usuarios industriales a las empresas distribuidoras en el mercado minorista de electricidad, el mismo tiene tres componentes: el precio mayorista (que, a fin de ser incluido en la tarifa minorista, se calcula como un promedio de los precios fijado por CAMMESA, que se actualiza cada tres meses), el cargo de transmisión, y el margen del distribuidor. Estos últimos conceptos están regulados directamente por el ENRE, y también se fijan en base a criterios generales que son revisados cada cinco años.

Al igual que las empresas de transmisión, las distribuidoras también tienen el monopolio legal en determinadas áreas, existiendo veintisiete áreas de concesión en todo el país. La mayoría de ellas son privadas, si bien existen también algunas

empresas que son propiedad de los estados de distintas provincias de la Argentina. Todas ellas tienen la obligación de suministrar la energía eléctrica que sus usuarios les demanden a los precios regulados por el ENRE, existiendo un sistema de multas por incumplimiento cuando se producen apagones y otros problemas en el servicio.

Otro sector en el cual la competencia se ha ganado un lugar en el mundo de la regulación es el de la telefonía fija de larga distancia. En efecto, cuando se establece una comunicación telefónica fija de corta distancia, la existencia de una única red hace que sea económicamente más conveniente que dicho servicio sólo pueda llevarlo a cabo una única empresa monopólica. Pero cuando la comunicación es de larga distancia, e implica la interconexión de varias redes, es generalmente posible que la misma siga diferentes “recorridos” entre que sale de un determinado teléfono y llega a otro. Los propietarios o concesionarios de dichos recorridos, por lo tanto, son capaces de competir entre sí por captar dichas llamadas, con la condición de que las empresas de telefonía de corta distancia les den acceso a la línea que conecta a cada abonado al sistema. El acceso a dicha línea, por lo tanto, debe permanecer necesariamente regulado, pero el uso de las redes de mayor nivel puede quedar abierto a la competencia entre diferentes prestadores. Una vez más, el precio que paga el usuario por las comunicaciones de ese tipo puede verse como la suma de un precio regulado (el correspondiente al uso de las líneas que comunican los teléfonos individuales a la red telefónica) y de un precio surgido de un mecanismo competitivo (el correspondiente al uso de las distintas redes de larga distancia).

El primer país en el cual la telefonía de larga distancia se organizó de esta manera fue Estados Unidos. El origen de esta modificación en la regulación fue un caso de defensa de la competencia (“EEUU c/AT&T”, 552 FSupp 131, 1982), en el cual el Departamento de Justicia de dicho país demandó a la principal compañía telefónica existente en ese momento por monopolización. Como consecuencia de dicho caso, la empresa demandada (AT&T) terminó escindiéndose, y quedó como una compañía dedicada a la telefonía de larga distancia en un contexto de competencia, al tiempo que aparecieron una serie de empresas independientes (denominadas

genéricamente “Baby Bells”) que quedaron con las concesiones del servicio de telefonía local en distintas regiones de los Estados Unidos.

### **3. Papel de la política de competencia en los sectores regulados**

En toda situación en la cual la regulación de un determinado servicio público o de otra actividad admita la existencia de competencia resulta posible que exista un papel para las actividades de promoción y defensa de dicha competencia. Dichas actividades, que en Costa Rica están regidas por la ley 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, consisten esencialmente en la sanción de prácticas anticompetitivas, en el control de las concentraciones económicas y en la abogacía de la competencia.

#### **3.1. Sanción de prácticas anticompetitivas**

La sanción de prácticas anticompetitivas consiste en la prohibición de ciertas conductas que “impidan o limiten la competencia o el acceso de competidores al mercado, o promuevan su salida de él” (artículo 10, ley 7472). En la normativa costarricense, dichas conductas están clasificadas en dos categorías: las prácticas monopolísticas absolutas (artículo 11) y las prácticas monopolísticas relativas (artículo 12). Las prácticas monopolísticas absolutas son aquellas que implican acuerdos entre competidores para no competir (por ejemplo, acuerdos de precios, reparto de mercados, concertación de ofertas en licitaciones públicas) y representan las violaciones más flagrantes de la normativa sobre libre competencia. La ley las considera como actos nulos de pleno derecho, y prevé su sanción a través de multas y de órdenes de suspensión o supresión de la práctica ilícita.

Las prácticas monopolísticas relativas, en cambio, son aquellas que implican “el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas”, y sólo se consideran sancionables si quien las efectúa es un agente o grupo de agentes económicos

con poder sustancial en determinado mercado relevante, y respecto de bienes o servicios relacionados con dicho mercado. En general se trata de prácticas anticompetitivas de tipo exclusorio, y su sanción también tiene lugar a través de multas y de órdenes de suspensión o supresión de la práctica de que se trate.

La práctica monopolística absoluta más evidente que puede aparecer en el ámbito de los servicios públicos es sin duda la concertación de posturas en las licitaciones públicas por parte de candidatos a prestar dicho servicio, y eso es una conducta que claramente cae dentro de las prohibidas por la ley 7472 (artículo 11 inciso “d”). La autoridad costarricense de defensa de la competencia (que es la Comisión para Promover la Competencia, COPROCOM) ha elaborado al respecto un “Manual de Buenas Prácticas en Contratación Administrativa”<sup>4</sup>, que contiene indicaciones detalladas respecto de cómo tienen que ser los procedimientos de licitación pública para evitar la colusión entre oferentes, y en qué casos los organismos administrativos pueden detectar conductas colusivas y cómo deben proceder en tales circunstancias. Igualmente reprochables, sin embargo, son las conductas llevadas a cabo por prestadores de servicios públicos que no tienen el monopolio legal sobre los mercados en los que actúan y que concertan entre sí para fijar precios, limitar las cantidades a ofrecer o repartirse dichos mercados (artículo 11 incisos “a”, “b” y “c” de la ley 7472). Dichas conductas, que también pueden infringir normas regulatorias específicas del sector del que se trate, son claramente punibles a través de la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.

En cuanto a las prácticas monopolísticas relativas que pueden aparecer en los mercados regulados, las mismas dependen íntimamente del grado de competencia que la regulación admita. Si un prestatario de servicios públicos tiene la exclusividad para operar en determinado mercado, otorgada por una norma o autoridad competente, entonces no podrá ser considerado responsable de una conducta de exclusión de competidores, ya que dicha exclusión estará originada en lo que la norma o autoridad ha decidido y no en una conducta del agente económico beneficiado por la misma. Si, en cambio,

---

<sup>4</sup> Dicho manual fue aprobado en la sesión ordinaria 37-2005 de la COPROCOM, celebrada el 15 de noviembre de 2005.



dicho prestatario aprovecha el poder sustancial que una norma o disposición regulatoria le otorga para obtener una ventaja anticompetitiva en un mercado en el cual enfrenta competencia, entonces sí podrá considerarse que estamos en presencia de una práctica monopolística relativa. Tal sería, por ejemplo, el caso de una empresa que es concesionaria de un servicio público (por ejemplo, telefonía fija) y realiza al mismo tiempo actividades en otro mercado diferente (por ejemplo, acceso a internet), y obliga a los usuarios de dicho servicio público a adquirirle también el otro producto que ofrece (porque subordina su adquisición a que también se suscriban a sus servicios de internet).

Un ejemplo real de una práctica de este tipo, acaecido en un mercado de servicios telefónicos, es el que aconteció en España con motivo del caso “3C Communications c/Telefónica y otros” (Expte 350/94, 1995). En él, el concesionario monopólico del servicio de telefonía básica (Telefónica) fue sancionado por una conducta de obstaculización del acceso al mercado de cabinas telefónicas en los aeropuertos españoles, en el cual la empresa denunciante (3C Communications) competía contra una subsidiaria de Telefónica llamada Cabitel. La práctica sancionada consistía en una política de dificultar la instalación de cabinas telefónicas a través de negativas de conexión o retrasos en la misma por parte de Telefónica, que se complementaba con un contrato de exclusividad que Cabitel había celebrado con el ente regulador de los aeropuertos españoles, para que este no autorizara la instalación de cabinas por parte del denunciante. La sanción que el Tribunal de Defensa de la Competencia de España impuso, por lo tanto, consistió en una multa contra Telefónica, una orden de cese de la conducta de obstaculización y una declaración de nulidad del contrato de exclusividad entre Cabitel y el ente regulador de los aeropuertos<sup>5</sup>.

## 3.2. Operaciones de concentración económica

---

<sup>5</sup> Cabe destacar que este caso fue el primero en el cual se le objetó a Telefónica de España conductas de tipo anticompetitivo. Con posterioridad al mismo, dicha empresa fue sancionada en otros casos, tales como “STI c/Telefónica” (Expte 394/97, 1999), “BT c/Telefónica” (Expte 412/97, 1999) y “Retevisión c/Telefónica” (Expte 456/99, 2000).



Otro tipo de conductas que cae bajo la órbita de la ley 7472 es el constituido por las operaciones de concentración económica (es decir, las fusiones entre empresas, las adquisiciones de paquetes accionarios y las compras de ciertos activos que implican adquisición de empresas en marcha), que sólo se consideran anticompetitivas si tienen “el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia” (artículo 16), y si se dan además los mismos requisitos necesarios para configurar una práctica monopolística relativa. En el sistema costarricense, las concentraciones económicas se analizan una vez llevadas a cabo, y si se las considera ilegales se las sanciona a través de una orden de suspensión, de una orden de desconcentración total o parcial y/o de una multa<sup>6</sup>.

Cuando una operación de concentración económica tiene lugar en un sector sujeto a regulaciones directas, puede afirmarse que, en general, dichas regulaciones atenúan mucho los posibles efectos anticompetitivos de la operación de concentración. Si las tarifas de un determinado servicio público se encuentran reguladas, por ejemplo, resulta en principio irrelevante si en el mercado en cuestión operan una o varias empresas, dado que no son ellas las que fijan el precio del bien o servicio que venden. Cuando los precios se desregulan, en cambio, se abre la posibilidad de que una concentración horizontal pase a tener efectos anticompetitivos en virtud de que la misma genere un incremento en los precios esperados. Un ejemplo reciente de concentración horizontal prohibida en los Estados Unidos, referida al mercado de provisión de servicios de televisión satelital, es “EchoStar/DirecTV” (2002), cuyas principales características aparecen reseñadas en el recuadro 2.

**Recuadro 2: El caso “EchoStar/DirecTV”**

“EchoStar/DirecTV” fue un caso de aplicación de la normativa de defensa de la competencia estadounidense al análisis de fusiones y adquisiciones (ley Clayton, de 1914, modificada por la ley Celler-Kefauver, de 1950, y por la ley Hart-Scott-Rodino, de 1976). Tuvo lugar en el año 2002, y consistió en el análisis de una operación que implicaba la consolidación de los dos únicos proveedores nacionales del servicio de

<sup>6</sup> En otros países (por ejemplo, Estados Unidos, México, Brasil y la Argentina, por citar solamente ejemplos del continente americano) las operaciones de concentración económica son objeto de un procedimiento de control previo, que implica que su análisis se efectúa antes de que se lleven a cabo. Por ese hecho no son en general objeto de multas ni de órdenes de desconcentración sino de prohibiciones y de condicionamientos parciales para ser llevadas a cabo.

televisión satelital por suscripción (DBS). Por el carácter de la actividad que llevaban a cabo las partes, la operación fue analizada por una de las agencias antitrust estadounidenses (el Departamento de Justicia, DOJ) y por el regulador sectorial (la Comisión Federal de Comunicaciones, FCC).

Para analizar los posibles efectos anticompetitivos de esta fusión, los proveedores de DBS fueron incluidos dentro del mismo mercado que las empresas proveedoras de televisión por cable (CATV), si bien se tuvo en cuenta que la diferenciación de productos existente entre un proveedor de televisión satelital y un proveedor de televisión por cable era sustancialmente mayor que la que existía entre dos proveedores de televisión satelital. Desde el punto de vista geográfico, los mercados fueron definidos de manera local, entendiéndose que en cada área urbana podían existir uno, dos o ningún proveedor de CATV y los dos proveedores de DBS.

Del análisis de todos los mercados locales afectados, el DOJ llegó a la conclusión de que el nivel de concentración se incrementaba de manera muy significativa en todos ellos, pues en la mayoría de las áreas locales la fusión EchoStar/DirecTV implicaba la eliminación de un competidor donde previamente sólo existían tres oferentes. La concentración generada por la operación resultaba máxima en las áreas donde no existían proveedores de CATV, pues allí directamente quedaba configurada una situación de monopolio. La FCC, por su parte, entendió que las barreras de entrada al mercado resultaban elevadas, y que era improbable el ingreso rápido de nuevos competidores en respuesta a un incremento de precios significativo por parte de la entidad fusionada. La principal barrera de entrada residía en que el espectro radioeléctrico en manos de terceros, disponible y utilizable para la provisión de servicios de DBS, resultaba limitado.

A fin de paliar efectos anticompetitivos diferenciales en mercados en los cuales la nueva empresa consolidada iba a tener competencia por parte de proveedores de CATV y en mercados en los cuales quedaba como monopolista, las partes propusieron un compromiso por el cual se obligaban a fijar los mismos precios en todo el país por sus servicios de televisión satelital. Dicho compromiso fue rechazado por la FCC, que entendió que el mismo no remediaba el problema principal, que era la desaparición de la competencia entre EchoStar y DirecTV, y el aumento de la probabilidad de acciones coordinadas entre el proveedor consolidado de DBS y los proveedores locales de televisión por cable. Dicho criterio fue avalado por el DOJ, que inició un proceso judicial tendiente a prohibir la operación de fusión<sup>7</sup>. Ante estos cuestionamientos, las partes optaron por desistir de la transacción proyectada.

Puede darse, asimismo, que una concentración entre prestatarios de servicios públicos (o entre un prestatario de un servicio público y otra empresa) resulte anticompetitiva por razones ligadas con la relación vertical entre ellos. Si, por ejemplo, un proveedor monopólico de servicios de transporte adquiere una compañía que produce un bien que precisa de dichos servicios de transporte para acceder al mercado, entonces puede generarse una situación en la cual la nueva empresa integrada quiera excluir del mercado a otros productores, a través de negativas a prestar sus servicios de transporte. Problemas similares podrían acontecer en concentraciones entre terminales

<sup>7</sup> “EEUU c/EchoStar”, US DOJ 102-CIV-2138, 31/10/2002.

portuarias y empresas de transporte fluvial, o entre operadores de sistemas televisivos pagos y canales de televisión, por poner sólo algunos ejemplos.

En la experiencia argentina de control de fusiones y adquisiciones, por ejemplo, una de las pocas operaciones prohibidas fue la integración vertical entre el único concesionario de todos los aeropuertos internacionales y nacionales del país (la empresa “Aeropuertos Argentina 2000”) y la segunda mayor aerolínea de cabotaje que existía en ese momento (denominada “Líneas Aéreas Privadas Argentinas”, LAPA)<sup>8</sup>. En dicha operación, Aeropuertos Argentina 2000 intentó adquirir el paquete mayoritario de acciones de LAPA, pero dicha adquisición fue prohibida por entenderse que la misma podría provocar un proceso de monopolización en el mercado aéreo de cabotaje, si el concesionario de los aeropuertos comenzaba a utilizar su poder de mercado para favorecer a LAPA en detrimento de las demás líneas aéreas que volaban las rutas argentinas.

### **3.3. Abogacía de la competencia**

Las acciones de abogacía de la competencia consisten en actividades que la autoridad de defensa de la competencia puede llevar a cabo con el objeto de promover el desarrollo de la competencia en los mercados. La ley 7472, por ejemplo, fija como una de las atribuciones de la COPROCOM la de “emitir opinión, en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de las leyes, los reglamentos, los acuerdos, las circulares y los demás actos administrativos” (artículo 27, inciso “f”). A través de dichas opiniones, y de otras actividades de divulgación de los beneficios de la competencia entre la población costarricense, es que dicho organismo ejerce en la práctica su función de abogacía de la competencia, que obviamente puede abarcar actividades relacionadas con la provisión de servicios públicos y otros bienes y servicios regulados.

Debido a que, en la experiencia costarricense de regulación de servicios públicos y monopolios del estado, la competencia no ha tenido todavía una

---

<sup>8</sup> Este caso tuvo lugar entre los años 2001 y 2002, y finalizó con la Resolución 29/02 de la Secretaría de Defensa de la Competencia de la Argentina.

importancia significativa como herramienta de política económica, existe un campo considerable para la abogacía de la competencia en dichos sectores. Un punto en el cual la introducción de competencia puede resultar una medida que genere beneficios inmediatos es la desregulación de los precios en aquellas actividades en las cuales ya existen varios prestadores proveyendo los mismos bienes o servicios en el mismo mercado relevante. Por supuesto, en la evaluación de dicha desregulación procederá siempre analizar si existen razones por las cuales resulta esperable que uno de los operadores pueda convertirse en un agente económico con posición dominante, y que esto lleve a que los precios desregulados se acerquen más a los del monopolio que a los de la competencia. También interesará evaluar la factibilidad de que los oferentes del mercado en cuestión adopten conductas de tipo cartelístico o colusivo. En tales casos, la desregulación completa puede no resultar del todo aconsejable, si bien los problemas mencionados siempre podrán ser combatidos en un momento posterior a través de las herramientas que provee la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.

Otro aspecto en el cual la competencia puede beneficiar el funcionamiento de ciertos servicios públicos y otras actividades reguladas es permitir el ingreso de nuevas empresas al mercado, a través de la remoción de barreras legales a la entrada. En este proceso, el principal aspecto a tener en cuenta es cómo conciliar la posibilidad de que nuevos agentes económicos ingresen con las obligaciones que tienen los agentes económicos existentes de abastecer ciertos mercados. Es por eso que en muchas circunstancias puede ser preferible remover gradualmente dichas barreras, y hacerlo primero en sectores en los que se tenga una mayor certeza de que los operadores van a tener interés en abastecer la demanda que les aparezca, sin por eso descuidar otros segmentos protegidos por normas regulatorias. También debe tenerse en cuenta la posibilidad de que emerja el problema inverso, es decir, que a pesar de la remoción de las barreras de entrada a cierta actividad, no exista interés por parte de nuevos operadores de entrar a la misma, en virtud de las ventajas que ya ha adquirido la empresa que se encuentra establecida en el mercado, a lo largo de los años en los que operó como monopolista.

## **4. Problemas particulares de la competencia en sectores regulados**

La posibilidad de que la competencia exista en sectores en los cuales también hay regulación directa de precios y de otras variables relevantes del mercado genera algunos problemas particulares que no existen ni en los sectores desregulados ni en los sectores regulados en los cuales no hay ningún tipo de competencia. Algunos de dichos problemas tienen que ver con la posibilidad de que aparezcan ciertas conductas anticompetitivas inducidas por la regulación; otros con la necesidad de compatibilizar un diseño institucional en el cual coexisten órganos de competencia con entes reguladores sectoriales.

### **4.1. Conductas potencialmente anticompetitivas**

Una forma que a veces es la más apropiada para introducir competencia en un servicio público regulado es dividir el mismo en etapas, y permitir la coexistencia de varias empresas en aquellos segmentos en los cuales la competencia es posible y económicamente deseable, manteniendo regulados aquellos otros segmentos que se consideren naturalmente monopólicos. Sin embargo, la mezcla de regulación y competencia puede ocasionar al menos dos problemas que se dan cuando hay empresas que compiten en un segmento pero no en otro. Uno de dichos problemas es que el monopolista de un segmento regulado puede tener incentivos para tratar de eliminar a las otras empresas que actúan junto a él en los segmentos competitivos, empleando su posición monopólica para obstaculizar o encarecer el acceso de sus competidores. El otro problema, inverso al anterior, se genera si los competidores no regulados tienen la posibilidad de “descremar” el mercado del antiguo monopolista, abasteciendo solamente los segmentos más rentables y dejándole a la empresa regulada la obligación de abastecer los segmentos menos rentables.

Los dos argumentos mencionados en el párrafo anterior han sido objeto de análisis en distintos casos de defensa de la competencia en diferentes países del mundo. Uno particularmente interesante, que tuvo lugar en el

mercado alemán de servicios postales y fue analizado por la Comisión Europea, es el correspondiente al caso “UPS c/Deutsche Post” (2001), que aparece reseñado en el recuadro 3.

**Recuadro 3: El caso “UPS c/Deutsche Post”**

“UPS c/Deutsche Post” es un caso analizado por la Comisión Europea, en el cual una empresa estadounidense dedicada básicamente a la provisión de servicios de distribución de paquetes y encomiendas (denominada United Parcel Services, UPS) denunció una conducta anticompetitiva por parte de la empresa pública alemana de correos (Deutsche Post), consistente en una serie de actos por los cuales esta última se aprovechaba de su posición monopólica en el mercado de correspondencia (en la cual tenía el monopolio legal en su país) para obtener ventajas anticompetitivas en el mercado de servicios de paquetería y encomienda (en el cual competía con otras empresas, entre ellas UPS).

La principal conducta objetada por UPS era la venta por debajo del costo que Deutsche Post supuestamente realizaba a través de su subsidiaria DHL, la cual era financiada a través de las ganancias que obtenía en la explotación del monopolio postal alemán. Dicha conducta se complementaba con una política de discriminación de precios, por la cual DHL les cobraba más barato a aquellos clientes que se comprometían a no utilizar servicios de empresas competidoras, con independencia de que su volumen absoluto fuera mayor o menor.

A efectos de analizar la conducta denunciada, la Comisión Europea definió como mercados relevantes al mercado alemán de distribución de paquetes y encomiendas, y al mercado alemán de servicios de correspondencia. En el último de dichos mercados Deutsche Post era monopolista, y en el primero de ellos tenía también posición dominante, en virtud de que su participación de mercado se situaba alrededor del 85% (en el período 1990-1999) y era el único proveedor que ofrecía ciertos servicios diferenciales (que implicaban, por ejemplo, poder llegar a todo el territorio alemán). Por este hecho fue que se consideró particularmente grave su política de descuentos que implicaba una discriminación de precios tendiente a perjudicar a sus competidores, ya que la misma no permitía el desarrollo de una competencia en la cual las otras empresas participantes tuvieran incentivos para captar nuevos clientes. También se llegó a la conclusión de que, al menos durante el período 1990-1995, DHL había ofrecido sus servicios por debajo de sus costos incrementales directos, subsidiando los mismos con las ganancias de Deutsche Post en el mercado de correspondencia común.

Por todo lo expuesto la Comisión Europea cerró el caso con una multa de 24 millones de euros, y una orden de cese de las conductas de precios predatorios y de discriminación exclusiva de precios en el mercado alemán de distribución de paquetes y encomiendas<sup>9</sup>. También le ordenó a Deutsche Post que llevara separadamente la contabilidad de sus distintas líneas de negocio, si bien no dispuso ordenar, tal como lo había pedido UPS, el desmembramiento empresarial entre sus segmentos monopólicos y competitivos.

A los efectos de reducir la probabilidad de que se produzcan los comportamientos anticompetitivos referidos en el párrafo anterior, las mezclas entre competencia y regulación pueden tener lugar en un contexto de

<sup>9</sup> “UPS c/Deutsche Post”, asunto Comp/35.141, L125/27, 20/03/2001.



desintegración vertical total, en el cual se establezca que la empresa que tiene el monopolio de un determinado segmento no puede actuar en los segmentos competitivos del mercado y viceversa. Este es el caso, por ejemplo, del sector eléctrico en varios países del mundo, en el cual la generación de electricidad es competitiva y, en cambio, la transmisión y distribución están reguladas bajo un régimen de monopolio (ver recuadro 1, en el cual se reseña el caso argentino). Ese tipo de sistemas suele tener normas que establecen que las empresas que operan en el segmento competitivo (en este caso, las generadoras de electricidad) no pueden participar en los segmentos monopólicos (en este caso, transmisión y distribución) ni viceversa.

El inconveniente que sistemas como éstos pueden tener, sin embargo, es que pueden desaprovechar economías de integración vertical, elevando los costos de transacción entre las empresas ubicadas en distintas etapas de la cadena de producción y comercialización. Una alternativa para eso es permitir que las empresas operen en distintos segmentos (competitivos y monopólicos, desregulados y regulados) pero poner regulaciones específicas que obliguen a dar acceso abierto a ciertas instalaciones esenciales que las mismas poseen, y que es necesario usar para poder competir en los segmentos desregulados. El ejemplo internacional más común de este tipo de regulaciones es el que aparece en los sistemas de telefonía, en el cual los prestadores del servicio básico suelen tener la obligación de ceder el uso de sus líneas a sus competidores en mercados tales como la telefonía de larga distancia, la telefonía celular o la provisión de servicios de internet, cobrándoles por dicho uso tarifas que pueden estar reguladas por la autoridad competente.

## **4.2. Problemas de coordinación institucional**

Cuando hay un problema de competencia en un sector que al mismo tiempo está regulado por un órgano regulador específico, aparece inmediatamente un tema de superposición de atribuciones entre dicho organismo y la agencia encargada de la política de competencia. Para resolver ese problema de atribuciones existen esencialmente dos opciones: o bien se interpreta que, por estar el sector regulado, corresponde que sea el ente

regulador el que entienda en el caso en cuestión, o bien se interpreta que, por ser un problema de defensa de la competencia, la atribución le corresponde al órgano de competencia del país de que se trate.

En los países con mayor tradición de aplicación de la normas antitrust, rige en general el segundo de los criterios mencionados. Tal es, por ejemplo, el caso estadounidense, en el cual el tema apareció en uno de los primeros casos de defensa de la competencia de la historia (“EEUU c/Trans-Missouri Freight Association”, 166 US 290, 1897), que tenía que ver con la formación de un cartel entre empresas ferroviarias. En dicho caso, la Corte Suprema norteamericana decidió que la práctica violaba la ley antitrust estadounidense aunque se tratara de un sector regulado por el estado, debido a que se trataba de una conducta anticompetitiva imputable a las empresas demandadas y no a la existencia de una regulación.

El único sector en el cual existe en los Estados Unidos, en virtud de una norma específica, una superposición entre las atribuciones de la autoridad de competencia y del regulador sectorial es el sector de las telecomunicaciones, en el cual las agencias antitrust (Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio) coexisten junto con la Comisión Federal de Comunicaciones. En la Unión Europea, en cambio, es la Comisión Europea la que se encarga de aplicar las normas de defensa de la competencia, y en los casos que se plantean ante ella prevalecen sus normas por encima de las normas que pueden tener los órganos de competencia y los entes reguladores nacionales. Cabe aclarar, sin embargo, que las atribuciones de la Unión Europea sólo aparecen en casos en los cuales se afectan intereses de empresas y personas que operan en más de un país miembro de la Unión Europea, ya que para los casos estrictamente locales los que actúan son los organismos reguladores y de competencia del país de que se trate.

En la experiencia latinoamericana, coexisten casos diversos. En México y Brasil, por ejemplo, todo lo que tiene que ver con el control de las operaciones de concentración económica desde el punto de vista de la competencia se encuentra centralizado en las respectivas agencias de competencia (que son la Comisión Federal de Competencia de México, y el Consejo Administrativo de Derecho Económico de Brasil). En la Argentina, los



entes reguladores de servicios públicos creados en los primeros años de la década de 1990 (Comisión Nacional de Comunicaciones, Ente Nacional de la Regulación Eléctrica, Ente Nacional de la Regulación del Gas) tenían en un principio atribuciones sobre los temas de competencia en sus sectores. Con la sanción de la ley de defensa de la competencia del año 1999, sin embargo, todas esas atribuciones de competencia pasaron al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, si bien los entes reguladores siguen siendo la autoridad de aplicación de ciertas regulaciones específicas que tienen que ver con la competencia (por ejemplo, las prohibiciones para que las empresas generadoras de electricidad tengan el control de empresas de transmisión o distribución eléctrica).

Un caso en el cual las normas de defensa de la competencia son de reciente sanción es el de la República Oriental del Uruguay. En él, el órgano encargado de la aplicación de la política de competencia superpone sus atribuciones con dos entes reguladores (Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, y Unidad Reguladora de Servicios de Electricidad y Agua), siendo el encargado de los problemas de competencia en los sectores desregulados y dejándole a dichos entes la jurisdicción sobre los sectores que ellos regulan. Los entes reguladores mencionados, sin embargo, deben aplicar las mismas normas de defensa de la competencia que se aplican en los demás sectores, estando su atribución relacionada con su carácter específico y no con la existencia de normas de competencia particulares para sus sectores.

En el caso costarricense, la ley 7472 prevé en su artículo 9 que los agentes prestadores de servicios públicos y los monopolios del estado están exceptuados de la aplicación de la normativa de competencia. Dicha excepción, sin embargo, parece estar acotada a “los términos que señalan las leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar (los servicios públicos)” (artículo 9, inciso “a”) y al hecho de que existan “leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas” (artículo 9, inciso “b”). Esta redacción de la ley, por lo tanto, sugiere que, en tanto las normas específicas no expliciten que será el regulador sectorial quien se encargará de los problemas de defensa de la competencia en los sectores regulados, deberá ser el órgano de competencia (es decir, la COPROCOM)

quien entienda en los mismos. De cualquier modo, una recomendación general respecto de cualquier problema de atribución entre la agencia de competencia y el regulador sectorial es que, con independencia de quién resulte ser la autoridad de aplicación, sean las mismas normas generales de promoción de la competencia las que se apliquen en todos los sectores.