

Eficiencia y Abogacía de la Competencia para el Progreso y el Bienestar

Enrique González

Profesor UCAB

Profesor Universidad Torcuato Di Tella.

Tanto la Eficiencia como la Abogacía de la Competencia constituyen dos principios de la Economía Social de Mercado. Si bien como principios resultan de amplia y transversal aplicación e incidencia sobre las distintas formas y ámbitos de la acción pública en materia económica -incluso trascendiendo lo estrictamente económico-, asimismo revisten y exigen, en favor del Bienestar Social y/o del Interés Económico General, el diseño de mecanismos e instituciones concretas. Ambos principios deben ser defendidos y adoptados en el diseño y la administración del Marco Institucional venezolano en aras de una recuperación de la economía y la calidad de vida de los venezolanos.

La Eficiencia Económica, entendida como un bien social por implicar la mayor generación de Bienestar Social comportando el menor uso de recursos y la minimización de costos -tanto públicos como privados-; constituye un paradigma y un principio digno de ser tutelado, adoptado y aplicado en lo concreto, por medio de acciones públicas y regulatorias, trascendiendo lo estrictamente económico¹.

Por su parte, la Abogacía de la Competencia, aún cuando tradicionalmente entendida y asociada como una de las funciones fundamentales de la Política de Competencia más allá de lo exclusivamente sancionatorio y/o del *enforcement*, constituye igualmente un principio de la Economía Social de Mercado con aplicación concreta. Por ejemplo, a través del desarrollo y mejoramiento de los institutos jurídicos que constituyan mecanismos de *Competencia por el Mercado*², aquellos orientados a garantizar la Eficiencia en las Compras del Estado, en el otorgamiento de licencias para el desarrollo de actividades económicas donde aplicare concurrencia limitada y/o monopolios naturales, etc.

¹ Stordeur Eduardo: Análisis Económico del Derecho: Una Introducción. Editorial Abeledo Perrot. 2011.

² Conocidos también como Mecanismos de Alto Poder de Incentivos.

Siendo que la Eficiencia y la Abogacía de la Competencia pueden ser concebidos como principios -más allá de su aplicación concreta de la que hablaremos más adelante- su defensa no tiene porqué resultar exclusiva del Gobierno ni de un Estado eventualmente *Benevolente* en términos regulatorios. Por el contrario, su adopción y aplicación pueden coadyuvar a garantizar y establecer límites a las acciones públicas en resguardo de los particulares, de los derechos de propiedad y de la sociedad en su conjunto, apuntando y exigiendo Buenas Prácticas de Gobierno.

Por ello, la adopción de la Eficiencia y la Abogacía de la Competencia (la primera como un bien social a tutelar y la segunda como un principio de las acciones públicas) pasa por su estudio y difusión hasta la construcción concreta de instituciones/organizaciones e institutos jurídicos que las protejan, como puede ser el caso de un Tribunal de Defensa de la Competencia independiente fuera del ámbito administrativo del poder ejecutivo.

Desde lo más general hasta lo más particular, sin pretender constituir una lista exhaustiva de la aplicación de estos principios, un Grupo Ad Hoc, podría iniciar los siguientes trabajos y desarrollos analíticos de extrema urgencia para Venezuela:

1.- El desarrollo de un espacio o una cátedra³ de *Law and Economics* y de Análisis Económico del Derecho⁴: el paradigma de maximización del Bienestar Social a través del diseño de reglas que lleven a los individuos y a la sociedad a situaciones de mejoras de bienestar, entre otras, exige un esquema de incentivos -informales a través de hábitos y creencias adoptadas voluntariamente, así como normativas formales que por ejemplo se encuentren destinadas a lidiar con externalidades negativas o daños- que alinee el interés

³ Estos espacios desarrollados dentro del ámbito de las universidades podría constituir una forma de evitar limitaciones que desde la administración pública pudiera ejercerse a futuro sobre ONGs que promuevan y defiendan el empoderamiento de la sociedad venezolana.

⁴ Si bien “Derecho y Economía” así como el “Análisis Económico del Derecho” podrían ser concebidas como parte de una concepción amplia de la primera, académicos como el profesor Calabresi realiza cierta distinción entre ambas. Mientras a la primera se le entiende como una aplicación de la microeconomía y la forma de pensar y analizar de los economistas, contando con tanto un marco teórico sobre cómo los individuos toman decisiones, como con herramientas empíricas de análisis para valorar el efecto que sobre la sociedad puede tener ciertos esquemas de incentivos. El Análisis Económico del Derecho se concentraría más específicamente en el análisis económico de normas y leyes y su eficiencia como institutos jurídicos que apuntarían a un bien social. Ver: Calabresi Guido: *The Future of Law and Economics*. Yale University Press. 2016.

privado con el interés público⁵, y en consecuencia las acciones de los individuos y el resultado conjunto o social. Aún la literatura más crítica del Análisis Económico del Derecho y de la disciplina de “*Derecho y Economía*” reconoce el valor que tiene el principio de Eficiencia. Primero, por coadyuvar a maximizar la generación de Bienestar Social y riqueza, que posteriormente, a través de los instrumentos de política más apropiados como la política fiscal y social, podría redistribuirse apuntando a la equidad. Y segundo porque de hecho, una de las aplicaciones prácticas del Análisis Económico del Derecho -a través del Análisis Costo-Beneficio- consistiría en, incluso tomando como dado cierto objetivo de política pública basado en equidad, valorar cuál de las alternativas resulta más efectiva para acometerlo.

Uno de los temas más generales o Macro -aún cuando siempre microfundamentado- que el área “*Derecho y Economía*” busca estudiar es cómo el marco institucional y regulatorio incide en el desarrollo económico de los países. Esta línea temática de estudio permitiría identificar en este sentido, aquellos institutos jurídicos que se encuentran alineados con el progreso y el Bienestar Social como sería el caso de los Derechos de Propiedad y en consecuencia aportaría ideas sobre cómo fomentarlos y protegerlos en la medida que conllevan eficiencias sociales como sería la reducción de los Costos Transaccionales, evitar problemas tipo Tragedia de los Comunes, e internaliza ciertos efectos externos o externalidades. De igual manera, permitiría identificar cuáles institutos jurídicos y regulaciones resultan contraproducentes para el crecimiento y el desarrollo económico. Más allá, dicha disciplina y principios, según lo reconocen diversos académicos⁶, constituyen el subyacente y podrían explicar la evolución de los distintos institutos jurídicos alineados con el Bienestar Social, que las sociedades han desarrollado a lo largo del tiempo, como son los casos del Derecho de Daños y/o Responsabilidad, el Derecho de los Contratos, e incluso fuera del ámbito mercantil y corporativo, el Derecho de Penal.

Esa iniciativa podría permitirle al país desarrollar una comunidad de académicos y *practitioners*, en dos áreas de la economía de amplio desarrollo académico internacional y de enorme aplicación y trascendencia en su aplicación

⁵ Especialmente ante la presencia de significativos costos transaccionales que dificulten la libre negociación entre las partes.

⁶ Cooter Robert D. y Ulen Thomas: Derecho y Economía. Editorial Fondo de Cultura Económica, FCE. 2016.

2.- Plantear y diseñar la constitución de unidades de Análisis Costo-Beneficio tanto para el ámbito legislativo como ejecutivo: Una aplicación concreta y práctica del “*Derecho y Economía*” consiste en el análisis económico tanto de proyectos de ley previa aprobación así como en el diseño de políticas públicas antes de que el Ejecutivo nacional las ponga en funcionamiento. Dichos instrumentos y herramientas de análisis económico permitirían a la sociedad evitar políticas, diseños de política o “alternativas” contraproducentes o que cuenten con sustitutos más eficientes que permitan mejoras potenciales paretianas⁷. Adicionalmente, tales herramientas del “*Derecho y Economía*” no tienen ni deben circunscribirse a leyes, normativas o políticas públicas y regulatorias en su etapa de diseño, sino que pueden ser utilizadas para validar la oportunidad o caducidad de leyes, normativas y políticas públicas que se encuentren en aplicación o vigentes. Dicho esfuerzo puede redundar en el caso venezolano en la oportunidad de levantar barreras normativas que atenten en contra del crecimiento económico y de las mejoras en el Bienestar Social.

3.- Reforma del Derecho de Defensa de la Competencia en Venezuela: apuntando y buscando el diseño de un marco institucional más robusto que implique una autoridad independiente como podría ser el caso de un Tribunal de Defensa de la Competencia especializado. Venezuela requiere un profundo análisis de su Política de Competencia. De llevarse a cabo tal labor lo más probable es que se identifique la necesidad de reformar la Política de Competencia actual venezolana, no solo por las debilidades que estaría mostrando la actual normativa, el diseño institucional de la misma y su administración actual, sino especialmente ante la necesidad de actualizarla a los tiempos actuales, permitiendo incorporar nuevos institutos jurídicos que la hagan más eficiente como podría nombrarse, entre otros, mecanismos o programas de Clemencia para atacar los carteles. La función propia y específica de la autoridad de competencia conocida como Abogacía de la Competencia puede constituir una de las más importantes en países en vías de desarrollo. En este orden de ideas, los labores de estudios e investigación de mercados podrían facilitar la identificación de barreras a la competencia y distorsiones en los mercados -producto de la existencia tanto de barreras estructurales como otras derivadas de normativas y regulaciones, e incluso pudiéndose identificarse eventuales barreras endógenas producto de acciones estratégicas-. Tal identificación puede coadyuvar a

⁷ Una mejora potencial paretiana implica la posibilidad de aumentar el Bienestar Social con la posibilidad cuando menos teórica de que los ganadores compensen a quienes resultaren desfavorecidos.

resolver situaciones de ineficiencia social que representen elevados costos de oportunidad para la sociedad y que pudieran, una vez levantadas dichas barreras, desatar el potencial productivo, de innovación y emprendimiento del país.

4.- La reforma y perfeccionamiento de la normativa referida a Compras Públicas y Licitaciones basadas en mecanismos de Competencia por el Mercado que resguarden la Eficiencia Económica: Los mecanismos de *Competencia por el Mercado* pueden coadyuvar a la sociedad a conquistar la eficiencia ex ante en mercados donde la *Competencia en el Mercado* no resultan deseables o resulten de difícil o imposible instrumentación. En este sentido, puede desarrollarse un trabajo de estudio que cuente con un análisis del derecho comparado así como contar con la asistencia de organismos como la OECD que han trabajado extensamente el tema a lo largo de los últimos años incluso publicando lineamientos de mejora en el diseño de subastas y licitaciones.

5.- Creación de un “Observatorio de la Economía Digital⁸”: La adopción de tecnologías de la información -más precisamente el despliegue y acceso a la Banda Ancha- según estudios de organismos multilaterales podría contribuir a reducir la brecha digital y de desarrollo que enfrentan los países en vías de desarrollo. Un aumento promedio del 10% en la penetración de Banda Ancha en los países de América Latina y el Caribe pudiera provocar un alza de 3,19% del PIB y de 2,61% en la productividad⁹, a la par de generar más de 67.000 empleos directos (BID, 2017). La Economía Digital y sus nuevos Modelos de Negocio han constituido todo un desafío para la academia así como para los reguladores. Comprender su funcionamiento, su caracterización idiosincrática, su dinámica competitiva y los equilibrios en dichos sectores y mercados resulta crucial para siquiera pensar en la necesidad del diseño de regulaciones y políticas públicas hacia dicho sector.

El estado del arte del conocimiento referido a la Economía de las Plataformas Digitales ha avanzado notablemente a lo largo de los últimos veinte años¹⁰. La teoría económica de

⁸ Con la participación de la academia, gremios profesionales y empresariales, así como asociacionismos del consumidor, entre otros representantes de la sociedad civil.

⁹ Prats Cabrera Joan y Puig Gabarró Pau: La Gobernanza de las Telecomunicaciones: Hacia la Economía Digital. BID. 2017.

¹⁰ Valga destacar los aportes realizados a la teoría de la organización industrial de la economía digital por el premio Nobel de Economía, el francés, Jean Tirole, así como por la “escuela francesa de la economía industrial” perteneciente al IDEI, Institut D’Economie Industrielle y a la Toulouse School of Economics de

las Plataformas Multi-lados primero define a estos agentes económicos con un administrador de servicios o productos que gozan de significativos efectos de red -tanto directos como indirectos- permitiendo crear valor social a través del enriquecimiento de un ecosistema digital. Justamente en la administración centralizada de dichos efectos externos de red, que el mercado descentralizado por sí solo no podría administrar ni maximizar, es que redonda el valor social de toda una nueva economía, nuevos modelos de negocios y su valor asociado. El hecho que la Economía Digital se caracterice idiosincráticamente por la fuerte presencia de efectos de red, hace necesario que un tercero administre dichos efectos, por ejemplo a través de los niveles de precios y las estructuras desbakanceadas de precios entre los distintos lados de las Plataformas, como para crear el mayor valor posible a partir de un posicionamiento de mercado¹¹.

Segundo, la teoría económica ha podido modelizar que ante la existencia de fuertes efectos de red la función de demanda de productos y servicios de la Economía Digital pueden presentar una curva con pendiente positiva, lo cual contrasta notablemente con la teoría microeconómica que tradicionalmente ha explicado a la demanda como una relación entre el precio y las cantidades con pendiente negativa -a mayores precios menor cantidad demandada y viceversa-. Lo que suele ocurrir en estos mercados es que se presentan dos efectos conjuntamente, por un lado el efecto tradicional de *la ley de la demanda* que predice que para incorporar una mayor cantidad de demanda atendida habría que disminuir el precio, y por el otro lado, se presentaría un efecto producto de la existencia de efectos de red fuertes que implica que los consumidores con expectativas positivas respecto al tamaño que tomará la red o la Plataforma Digital así como una alta valoración por los efectos de red se incorporen a la demanda aún cuando los precios aumentan a lo largo de un tramo de la curva de la demanda que presenta pendiente positiva. A lo largo de los eventuales tramos de la curva de la demanda con pendiente positiva el segundo efecto superaría y compensaría con creces al primer efecto.

Tercero, el hecho de que existan significativos efectos de red, hace que estos mercados se caractericen como mercados del tipo *Tipping Markets* o mercados del tipo *The-Winner-*

Francia. Destaca el siguiente trabajo seminal: Rochet J. C. y Tirole Jean: Platform Competition in Two-Sided Markets, 2002, TSE.

¹¹ Belleflamme Paul y Peitz Martin: The Economics of Digital Platforms: Concepts and Strategy. Cambridge University Press. 2021.

takes-all. Esto representa un desafío y un dilema para los desarrolladores de estos modelos de negocio porque requieren construir ventajas competitivas no replicables para alcanzar una masa crítica de miembros de la plataforma que le imprima estabilidad a la misma en el mercado creándose a su vez una situación de “acción colectiva” que dificulta o eleva los costos de cambio para sus miembros una vez ya pertenecen a un ecosistema digital específico que goza de cierta masa crítica. ¿Pero cómo llegar a dicha masa crítica si es que existe un problema del tipo *Chicken-egg* donde al inicio de las operaciones de la plataforma ningún potencial miembro de cualquiera de sus lados posee incentivos a unirse salvo que cuenten con expectativas o conjeturas optimistas sobre el tamaño que alcanzará la Plataforma Digital y/o existan significativas funcionalidades del tipo *stand-alone-value* que confieran interés en la misma independientemente del número de miembros que pertenezcan a la misma?. La Plataforma Digital puede enfrentar dicho desafío a través de estrategias basadas en precio o en calidad -por ejemplo en el caso de ecosistemas propietarios cerrados- denominada *Divide-and-Conquer*, consistente en un esquema de precios desbalanceado donde se subsidia a un lado del mercado con efecto de red indirecto fuerte sobre el otro lado, garantizando que este segundo se una y financie la incorporación y el subsidio del primero de los grupos.

Cuarto, esta literatura económica especializada en las Plataformas Digitales y sus Modelos de Negocio habla sobre cómo crecen y se estabilizan estas plataformas, basadas en estrategias del tipo búsqueda de Profundidad *-Depth-* o alternativa, más no excluyentemente, a través de estrategias basadas en la Amplitud *-Scope-* del ecosistema de múltiples lados; explicando una tendencia de lo que se ha dado en llamar el “Imperialismo” de las Plataformas Digitales o del internet¹².

Quinto, superada la etapa de lanzamiento de la plataforma, una vez en la etapa de operaciones, la presencia de fuertes efectos externos de red caracteriza una forma muy particular de determinar los precios propia de estos modelos de negocios. Es así como tanto el nivel de los precios como la estructura de los precios a lo largo de los distintos lados del mercado suelen mostrar una estructura desbalanceada -existiendo un lado que financia o *money side* y otro subsidiado o *subsidy side*-; exigiéndose su comprensión para evitar cometer errores del tipo I al señalar, por ejemplo, que una estrategia del tipo *Zero-*

¹² Hagiu Andrei: Multi-sided Platforms: From Microfoundations to Desing and Expansion Strategies. Working Paper. Harvard Business School. 2009.

pricing o tipo *Freemium* constituye una conducta de precios predatorios. Asimismo, evitar señalar que los precios correspondientes al *money side* resultan *precios excesivos*. De igual manera, en el sector TICs en general -trascendiendo a los modelos de Plataformas Digitales tipo OTTs o Apps- suelen utilizar estrategias comerciales y de marketing basadas en valor del tipo *Bundling*, *Tying* o empaquetamientos. Su cabal comprensión puede permitir diferenciar entre las estrategias competitivas basadas en principios de discriminación de precios de segundo grado, *Menu Pricing* y/o *Versioning* que buscan capturar valor de aquellas con intención estricta y exclusivamente depredadoras o anticompetitivas¹³.

Una comprensión del funcionamiento de este sector, entre otras por medio de un “Observatorio” que haga seguimiento del sector en el país y que conjuntamente con la academia imparta asignaturas, programas y cursos sobre la Economía Digital y de las Plataformas Digitales podrá contribuir a desarrollar y formar a ejecutivos, emprendedores, investigadores, reguladores y *practitioners* en general en dicho sector que cada vez gana mayor peso relativo en la economía mundial y en las nacionales. Destaca desafortunadamente, que la oferta formativa tanto universitaria como profesional en Venezuela adolece de asignaturas y programas de: (i) Economía Industrial o Teoría de la Organización Industrial; (ii) Teoría Económica de las Plataformas Digitales y la Economía Digital; (iii) “*Derecho y Economía*” y Análisis Económico del Derecho. Con la experiencia que se cuenta a nivel internacional -profesional y académicamente- en estos temas podríamos dictar estas asignaturas en las universidades venezolanas con asistencia y participación de los gremios empresariales y profesionales.

Los ámbitos de acción pública sobre la Economía Digital y más específicamente sobre las Plataformas Digitales¹⁴, así como sobre los diversos servicios TICs, responden a distintas naturalezas regulatorias y necesidades orientadas en el interés público y en el interés económico general. Se requiere comprender la necesidad de apuntar a un enfoque de Quinta Generación Regularoria sobre sectores tan dinámicos y con elevado riesgo de lesionar los incentivos en favor de las innovaciones producto de regulaciones muy

¹³ Belleflamme Paul y Peitz Martin: *Industrial Organization: Markets and Strategies*. 2nd Edition. Cambridge University Press. 2015. Tirole Jean: *The Theory of Industrial Organization*. The MIT Press. 1988.

¹⁴ La comprensión de la Economía Digital permite, dicho de otra manera, identificar sus beneficios, lo que podría coadyuvar a evitar intervenciones innecesarias o que puedan erigirse como barreras normativas al desarrollo de las actividades económicas y a la generación de Bienestar Social y riqueza.

intrusivas o susceptibles de errores del tipo falsos positivos que pueden condenar el potencial que este sector puede aportar a la sociedad.

Dicho “Observatorio” podría desarrollar el estudio de las distintas necesidades de acciones públicas sobre las Plataformas Digitales y el sector TICs más en general en los siguientes términos persiguiendo los siguientes objetivos y productos concretos:

- (i) Estudiar y analizar cómo aumentar y masificar el aporte de la transformación digital, la economía digital y de las Plataformas Digitales a la economía nacional ((i.i.-) reducir las barreras de entrada a sectores como el financiero realizando un análisis de derecho comparado respecto a la regulación de las Fintech, e-banking y las InsurTech en países desarrollados así como en países de la región; (i.ii.-) analizar el diseño de una Política Industrial hacia el sector tecnológico y digital, con la intención de coadyuvar a su desarrollo y participación en el PIB nacional por parte de empresas domésticas). Al respecto existe la necesidad por un lado de incorporar y adoptar las tecnologías de la información con incidencia sobre las cadenas de valor tradicionales, y por el otro lado buscar desarrollar nuevos modelos de negocios, productos, servicios y empresas propias y/o exclusivas de la Economía Digital.
- (ii) Reducción de la brecha digital, alfabetización digital y políticas de asequibilidad de los servicios TICs. Dado el desarrollo, la adopción y los beneficios que los servicios TICs en general ofrecen a la sociedad, existe la necesidad de hacer que dicha difusión sea masiva. Por ejemplo, la posibilidad de aumentar la bancarización de la población más allá del sistema tradicional de agencias basadas en *Brick and Mortar* o contar con medios de pago electrónicos alternativos en economías con problemas de desmonetización, constituyen objetivos progresivos altamente deseables.
- (iii) Estudiar las alternativas de desarrollo de políticas públicas que faciliten, incentiven y coadyuven el despliegue de redes de siguiente generación, NGN, que faciliten la provisión de servicios TICs convergentes (análisis de derecho comparado de normativas de compartición de infraestructura en la región así como de coinversión en infraestructura como las desarrolladas en Europa; análisis de los procesos de otorgamiento de espectro para facilitar la oferta capilar de infraestructura para servicios 5G, análisis comparado de las más

recientes políticas de otorgamiento de espectro radiomagnético para el desarrollo de 5G, entre otras). Un diseño eficiente de un modelo regulatorio podría tener incidencia positiva en la disminución de los costos de CAPEX y OPEX, pudiendo facilitar un mayor despliegue de infraestructura requerida para garantizar y ampliar la conectividad de hogares y empresas, mientras se evita comportamientos oportunistas por un lado y el bloqueo o denegación de acceso por el otro lado por parte de las operadoras *incumbentes*.

- (iv) Analizar el alcance, suficiencia, oportunidad y desafíos de la Política de Competencia aplicada a la Economía Digital, específicamente a las Plataformas Digitales. ¿Continúa estando vigente la naturaleza regulatoria de competencia para aquellos casos de mercados digitales? ¿Se requieren adaptaciones y modificaciones de dichas normas o por el contrario se mantienen vigentes? ¿Se requiere una nueva regulación para dicho sector? Dar respuesta a estas preguntas resulta crucial dada la relevancia que ha venido tomando la Economía Digital.
- (v) Realizar un análisis económico y jurídico comparado de la normativa Europea DMA y DSA aprobadas en 2022, evaluando cuáles institutos jurídicos podrían ser replicados, eventualmente, en nuestro marco normativo y regulatorio.
- (vi) En materia de Privacidad y Datos Personales, Venezuela requiere analizar su normativa actual y valorar la necesidad de su actualización. En este sentido el “Observatorio” podría realizar un análisis económico y jurídico comparado de la norma europea GDPR adoptada en 2016 e identificar cuáles institutos jurídicos podrían ser de interés para actualizar el marco normativo venezolano.
- (vii) Analizar la necesidad de establecer un “*Level-playing-field*” en materia regulatoria entre el mundo tradicional -*Brick and Mortar*- y el mundo digital; precisando un principio de neutralidad regulatoria. Lo anterior podría adelantarse a través de la realización de un análisis de derecho comparado entre otras materias:
 - a. En materia laboral (revisar jurisprudencia comparada europea y latinoamericana).
 - b. En materia fiscal (analizar la experiencia de los BEPS aprobado en el seno de la OECD y suscrito por 130 países y jurisdicciones en julio de 2021).
 - c. En materia de Propiedad Intelectual.

- d. En materia de Protección al Consumidor.
- (viii) Análisis de derecho comparado referido a normativas dirigidas a Plataformas Digitales que tutelen objetivos de interés general como la pluralidad y democracia (análisis de “principios” regulatorios e institutos jurídicos como la neutralidad de la red, derecho al olvido, discurso de odio, entre otros).