



Redefiniendo las políticas sobre competencia para el ecosistema digital

Resumen ejecutivo: octubre de 2016





La GSMA representa los intereses de los operadores móviles de todo el mundo, reuniendo a casi 800 operadores con unas 300 compañías del amplio ecosistema móvil. Estas empresas incluyen fabricantes de teléfonos y dispositivos móviles, empresas de software, proveedores de equipamiento y empresas de internet, así como también organizaciones de sectores adyacentes de la industria. La GSMA también organiza eventos líderes de la industria como el Mobile World Congress, Mobile World Congress Shanghai, Mobile World Congress Americas y la serie de conferencias Mobile 360.

Para más información, visite el sitio corporativo de la GSMA en www.gsma.com. Siga a la GSMA en Twitter: [@GSMA](https://twitter.com/GSMA).

GSMA Latin America es el brazo de la GSMA en la región. Para más información en inglés, español y portugués visite www.gsmla.com. Siga a GSMA LA en Twitter: [@GSMALatam](https://twitter.com/GSMALatam)



CEG aporta su experiencia en economía y finanzas para abordar los temas relacionados a la competencia, la regulación, las disputas y las transacciones. CEG reúne a profesionales sénior con experiencia en la industria, asesoramiento e instituciones académicas y a las agencias líderes en competencia y regulación, para ofrecer perspectivas y asesoramiento confiables. Mediante el uso de teorías económicas y financieras actuales y técnicas cuantitativas, el personal de CEG prepara informes de expertos, proporciona perspectivas sobre las presentaciones del cliente, asesora acerca de la estrategia de casos y ofrece testimonios y presentaciones ante agencias del gobierno, juzgados y tribunales de arbitraje en todo el mundo. La práctica de competencia de CEG se encuentra entre las 21 principales empresas de consultoría económica de competencia según la Global Competition Review y nuestros socios constantemente se incluyen en listas de economistas recomendados de competencia.

Para obtener más información, visite CEG en línea en: www.ceg-global.com

Autores

Dr. Maria Maher, Socia

Paul Reynolds, Socio

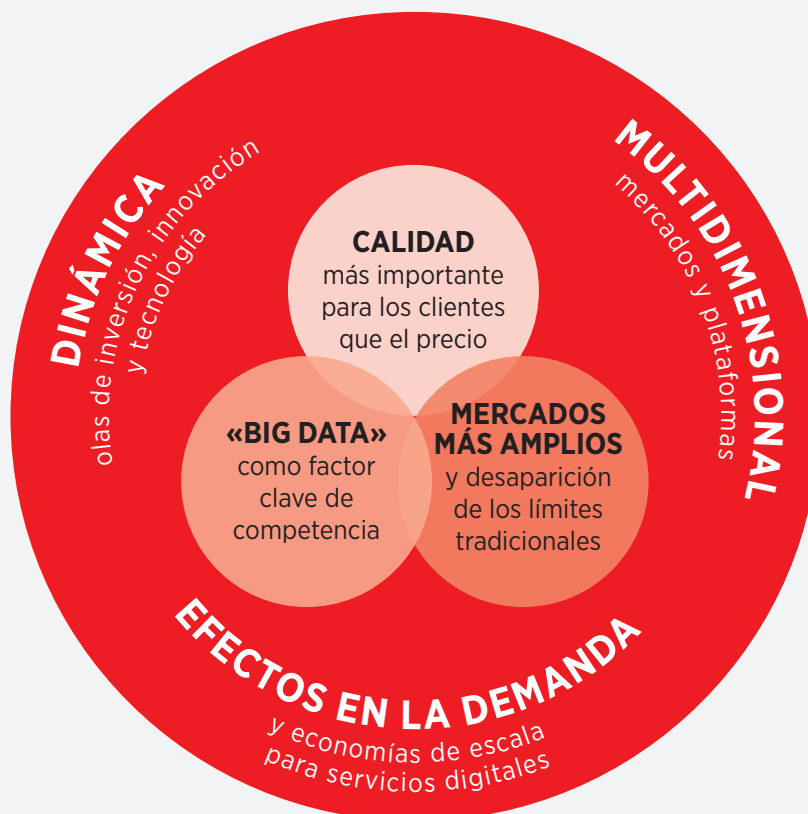
Paul Muysert, Socio

Dr. Fred Wandschneider, Director asociado

Introducción

La economía global sufre una transformación importante. La rápida adopción de tecnologías, incluidas las comunicaciones móviles, plataformas digitales, Big Data, servicios en la nube y redes sociales están cambiando la naturaleza de los productos y servicios, y la forma en que las personas se relacionan. Esta transformación está alterando los modelos de negocios e industrias existentes, además de ofrecer un importante potencial para enriquecer la vida de las personas.

Las características del mercado digital exigen un enfoque diferente y más matizado en cuanto a las políticas sobre competencia.



La competencia en los mercados digitales es diferente de la competencia en los mercados tradicionales, y posee ciertas características distintivas:

- Olas de inversión e innovación y rápido progreso de la tecnología.
- Calidad y características del producto que a menudo son más importantes que el precio para el cliente.
- Resultados en los que el ganador se lleva todo (winner-takes-all), donde los nuevos participantes que ofrecen productos o servicios innovadores pueden superar a firmas ya establecidas.
- Economías de escala y fuertes efectos de la red en el suministro de servicios digitales.
- Mercados y plataformas multidimensionales, con grupos diferentes de usuarios en las diferentes dimensiones que se benefician con la presencia del otro.
- Recopilación y análisis de datos a gran escala, con el potencial para producir efectos anticompetencia, en especial cuando contribuyen a la calidad del servicio.

Estas diferencias desafían las políticas existentes y exigen una redefinición del marco de competencia para garantizar el proceso competitivo y un enfoque más matizado hacia la política de competencia para el ecosistema digital.

En este informe, evaluamos cómo los gobiernos y las autoridades reguladoras pueden actualizar los marcos de competencia y la regulación, para liberar el potencial real de la economía digital. Nuestras recomendaciones de política cubren cuatro áreas:

- Definición de mercado y evaluación del poder de mercado.
- Adopción de un estándar de bienestar total en lugar del estándar de bienestar del consumidor.
- El equilibrio entre la regulación *ex-ante* (previa) y *ex-post* (posterior).
- Acuerdos institucionales.

Definición de mercado y poder de mercado

La definición de mercado es un primer paso útil para enmarcar la discusión de la competencia e inquietudes regulatorias. La evaluación del poder de mercado y la valoración crítica de sus limitaciones son generalmente desarrolladas con referencia a los límites del mercado relevante establecidos en la etapa de definición del mercado.

Por lo tanto, la definición de mercado juega un papel fundamental a fin de establecer si una empresa es considerada como dominante o con poder significativo de mercado. Proporciona un marco para la aplicación *ex-post* de la competencia y el control de fusiones. Es una etapa clave en la evaluación que indica si la intervención reguladora *ex-ante* es necesaria.

Las autoridades de competencia necesitan tener en cuenta las características únicas de los mercados digitales cuando definen los mercados y evalúan el poder de mercado. Con los productos y servicios digitales, el uso de herramientas como el test del monopolista hipotético o SSNIP test (por sus siglas en inglés *small but significant non-transitory increase in price*), se vuelve más desafiante.

El propósito principal de la definición de mercado es identificar las limitaciones de la competencia enfrentadas por un proveedor de un producto o servicio determinado. Definir un mercado relevante no es un fin en sí mismo y el ejercicio de la definición del mercado está orientado a proporcionar un marco en el cual puedan analizarse los acuerdos anticompetitivos, los abusos de posición dominante, los aspectos competitivos de las fusiones, o la necesidad de regulación.

Aunque las herramientas existentes no puedan aplicarse en algunos mercados digitales, la definición de mercado y la evaluación del poder de mercado siguen teniendo un papel importante para responder preguntas específicas sobre la competencia y la regulación en los mercados digitales. No existe una razón de peso para que las autoridades prescindan de una etapa de definición formal de mercado tan solo por las deficiencias de algunas de las herramientas más prominentes como el test SSNIP. No obstante, las autoridades pueden y deben usar su discreción al elegir herramientas de evaluación, que pueden estar incluidas dentro de la legislación o pautas respectivas. Por último, la definición de mercado debería reflejar el análisis de los efectos probables de la competencia y no debería verse como un ejercicio de rutina para cumplir con los requisitos legales.

Recomendación 1: ajustar las herramientas existentes para tener en cuenta las características específicas de los mercados digitales.

Cuando se utilizan herramientas existentes para definir mercados relevantes en el ecosistema digital, las autoridades deberían ser precavidas pero flexibles en su enfoque y ajustar los diferentes tipos de evidencia cuando se definen los mercados de producto y geográficos.

Es importante que las autoridades consideren los vínculos entre las diferentes partes de los mercados bilaterales o multidimensionales (ya sea en la etapa de definición del mercado o más adelante durante la etapa de evaluación de la competencia). Ajustar el SSNIP test para mercados bilaterales podría ser de ayuda.

Recomendación 2: enfoque en los patrones de sustitución reales.

En las industrias tradicionales, los mercados generalmente se definen en torno a los productos con características físicas similares. Los mercados digitales, por otro lado, tienden a incluir una variedad más amplia de servicios o funciones que los clientes tratan como sustitutos. Por lo tanto, los límites tradicionales entre los productos y servicios, según lo definido por la tecnología usada para entregarlos o producirlos, comienzan a desaparecer.

El enfoque de la definición de mercado debería estar en la comprensión y la descripción de los patrones de sustitución reales. Dibujar límites “claros” alrededor de las características y tecnologías del producto en general no es útil y puede ser engañoso cuando los consumidores no perciben estos límites entre los productos o servicios en cuestión.

Recomendación 3: utilizar herramientas alternativas para capturar los principales determinantes de la conducta cambiante de los consumidores.

En un ejercicio estándar de definición de mercado, el enfoque está en el precio como el principal impulsor del cambio de los consumidores. Sin embargo, en los mercados digitales, las diferencias en las características o funciones del producto pueden ser más relevantes. Como resultado, el uso del test tradicional SSNIP no es adecuado en casos donde no existe un precio monetario, o donde la competencia se desarrolla sobre factores no relacionados con el precio, como la calidad.

Cuando los bienes y servicios se proporcionan sin cargo, las autoridades necesitan considerar enfoques alternativos al test SSNIP, tales como cambios en los niveles de calidad o costos privados no monetarios (por ejemplo, mediante el test SSNDQ –por sus siglas en inglés *small but significant non-transitory decrease in product quality*), para capturar los principales impulsores del cambio de los consumidores.

Recomendación 4: garantizar que la definición de mercado sea lo suficientemente previsor y revisar y adaptar las políticas para capturar plenamente los cambios en el mercado relevante.

Los mercados digitales son altamente dinámicos. Por lo tanto, la definición de mercado debe ser suficientemente previsor como para determinar los probables efectos de la competencia. El horizonte de tiempo utilizado debería considerar el período en el cual cualquier solución podría afectar al mercado, además de cualquier perjuicio a corto plazo. La definición *ex ante* (previa) de mercado probablemente requiera un horizonte mayor de tiempo que el usado generalmente por las autoridades de competencia para la aplicación *ex post* (posterior).

Cuando la evidencia indica que los mercados cambiaron o que probablemente cambien, para garantizar la desregulación, las autoridades reguladoras y de competencia deben revisar las intervenciones existentes, incluido el establecimiento de cláusulas de caducidad donde las medidas puedan garantizarse durante el tiempo restante. La precaución es necesaria cuando las nuevas regulaciones se introducen o cuando las existentes se intensifican, ya que esto podría socavar los incentivos para que los operadores inviertan e innoven, especialmente si no pueden recuperar sus costos.

Recomendación 5: hacer foco en la potencial conducta anticompetitiva y sus posibles efectos, en lugar de inferir el poder de mercado desde su estructura.

Los indicadores estructurales del poder de mercado, tales como la alta concentración o los altos márgenes, pueden ser engañosos en los mercados digitales. La competencia entre pocos jugadores puede ser intensa. Los líderes de mercado pueden ser desplazados efectivamente en un corto período.

Las autoridades de competencia deben enfocarse en la supuesta conducta anticompetitiva y sus posibles (o reales) efectos y no inferir inquietudes del poder de mercado desde su estructura. En los mercados digitales, el indicador de poder de mercado generalmente es el poder de exclusión, que no está necesariamente asociado con las altas participaciones en el mercado o las grandes ganancias.

Recomendación 6: evaluar el grado en que el Big Data confiere poder de mercado.

La recopilación y el análisis de datos a gran escala se volvieron características importantes de los mercados digitales, con el potencial de provocar efectos anticompetitivos. La recopilación, el almacenamiento y el procesamiento generalizados de los datos pueden, en algunos casos, resultar en barreras para el ingreso de nuevos rivales potenciales. El impacto del Big Data en el poder de mercado dependerá del producto o servicio en cuestión. Debe evaluarse caso por caso. Los asuntos clave son la capacidad de replicación de la información y la importancia de la escala y el alcance de los datos para el desempeño competitivo.

Las autoridades necesitan tener en cuenta que los datos en sí mismos no deben generar inquietudes de competencia. Sin embargo, éstas pueden surgir cuando las empresas dominantes fusionan los datos de los usuarios para crear sinergias integradas, que pueden permitir que una empresa se convierta en el guardián de acceso a información esencial (gatekeeper). Las inquietudes también surgen cuando el poder de mercado se potencia en mercados emergentes, si existiese un efecto de exclusión. En general, los resultados de competitividad y bienestar de tales estrategias son ambiguos y necesitan evaluarse cuidadosamente.

Recomendación 7: mantener un alto umbral para la intervención, en base a la dominancia colectiva.

La dominancia colectiva puede ocurrir en mercados con un número limitado de operadores, donde ninguna empresa individual posee poder de mercado significativo, pero las empresas poseen dominancia colectiva. Las siguientes condiciones deben satisfacerse para que surja la dominancia colectiva y sea sostenible en el mercado: las empresas deben ser capaces de alcanzar una posición coordinada, deben poder monitorearse entre sí, la desviación de la coordinación debe percibirse como costosa y otras empresas y clientes no deben ser capaces de socavar la coordinación.

Los mercados digitales son dinámicos y altamente innovadores. Existen poderosos efectos de red y la posibilidad que exista una situación de “winner-takes-all” (“el ganador se lleva todo”). No están especialmente adaptados a la coordinación y la dominancia colectiva. Por lo tanto, el umbral para la intervención, sobre la base de la dominancia colectiva, debe permanecer alto, más alto que para la dominancia de una sola empresa.

El estándar de bienestar total

Cuando se evalúan los efectos de las políticas y regulaciones de la competencia, los economistas generalmente aceptan que las intervenciones deben evaluarse con referencia a un estándar de bienestar total en lugar de un estándar de bienestar del consumidor, que en general es el adoptado por las autoridades. Como un primer principio, las políticas y regulaciones de la competencia deben preocuparse por el bienestar de la sociedad en su conjunto. Sería arbitrario que un gobierno no preste atención al bienestar de algunas partes de la sociedad. Esto es incluso más cierto cuando las personas que producen también son consumidores, partes interesadas que reciben dividendos, empleados que capturan algunas de las ganancias más altas en forma de mayores salarios, o inversionistas que pueden contar con fondos de pensión.

El estándar de bienestar del consumidor utilizado por la mayoría de las autoridades solo considera las ganancias de los consumidores en las intervenciones, donde el “excedente” que recibe el consumidor es la diferencia entre lo que está dispuesto a pagar por un bien o servicio y lo que realmente paga. En virtud de este estándar, las mejoras de eficiencia solo se tienen en cuenta hasta el punto en que benefician a los clientes que compran el bien o servicio en cuestión, en especial si las mejoras de eficiencia resultan en precios más bajos. El estándar de bienestar total, por otro lado, captura el impacto de una intervención en el bienestar económico de todos los participantes en el mercado, incluidos los productores y consumidores. En virtud del estándar de bienestar total, las políticas y regulaciones de competencia están basadas en si el valor agregado (para los consumidores y productores) se incrementaría o reduciría, sin tener en cuenta cómo se distribuyen las ganancias o pérdidas en particular.

Recomendación 8: adoptar un estándar de bienestar total para respaldar el crecimiento de la productividad a largo plazo y estándares de vida más altos.

La adopción de un estándar de bienestar total en la evaluación de los temas de competencia respaldaría estándares de vida más altos con el tiempo. Un estándar de bienestar total tomaría en cuenta todas las mejoras de eficiencia y las ponderaría explícitamente contra los efectos de la competencia. Dicho enfoque sería superior a la medición del bienestar del consumidor únicamente, que podría resultar equivocadamente en la prohibición de fusiones que podrían mejorar la eficiencia.

Las autoridades deberían permitir las fusiones que puedan incrementar el bienestar total, tomando en cuenta los posibles efectos tanto en la competencia como en la eficiencia. Las fusiones que ocasionan ahorros en los costos probablemente también benefician a los consumidores en otros mercados donde los recursos serían reasignados. Las inquietudes de distribución pueden abordarse efectivamente al ponderar los beneficios y costos directamente para los diferentes grupos de consumidores y a través de las políticas fiscales. Además, las mejoras en el bienestar total se implementan para asistir a los grupos más vulnerables.

Recomendación 9: hacer foco en los efectos dinámicos cuando se evalúan las fusiones y la competencia en los mercados digitales.

La conducta competitiva de las empresas en los mercados digitales a menudo afecta no solo los precios sino también la calidad, la innovación y la eficiencia económica en general. Las pautas de evaluación de las fusiones reconocen los efectos de la competencia en la calidad, la variedad de productos y la innovación, además de en los precios. No obstante, en la práctica, las autoridades tienden a enfocarse en el precio.

El enfoque de las revisiones de fusiones en los efectos del precio (en general a corto plazo) es un problema especial en relación a los mercados en el ecosistema digital, donde las empresas ofrecen productos diferenciados y los consumidores generalmente le dan mucha importancia a la calidad. En los mercados digitales, la innovación ofrece el potencial de mejoras importantes en la calidad a lo largo del tiempo. Las fusiones pueden eliminar la duplicación ineficiente de costos y generar inversión que mejore la calidad del servicio o que presente nuevas opciones. Una evaluación rigurosa de los posibles efectos sobre la calidad, la innovación y la eficiencia es crítica para comprender cómo las fusiones afectarían los resultados competitivos.

Puede usarse un número de enfoques analíticos para evaluar los efectos dinámicos, incluidos una clara exposición de cualquier teoría de perjuicio o beneficio, la evaluación de cómo las fusiones o conductas modificarían los incentivos y capacidades de las empresas para innovar, mayor uso de la industria independiente y expertos técnicos y enfoques que ponderen los efectos opuestos, donde las fusiones o conductas puedan devenir en incrementos en el precio además de mejoras en la calidad.

Recomendación 10: usar mejores herramientas para evaluar las eficiencias.

La pesada carga de la prueba aplicada a las eficiencias, probablemente evite que algunas fusiones se lleven a cabo y que puedan beneficiarse a la sociedad y a los consumidores. Las autoridades deberían descartar los reclamos sin fundamentos suficientes. Sin embargo, puede existir una genuina incertidumbre en relación a las prácticas comerciales innovadoras y no existe una razón de peso para que las autoridades impongan una carga de la prueba más alta en tales eficiencias que en los efectos en el precio a corto plazo.

Las autoridades de competencia deberían mejorar sus enfoques para la evaluación de las eficiencias. Los enfoques analíticos que pueden ayudar a las autoridades incluyen el uso de expertos económicos, técnicos y de la industria, evidencia de eficiencias similares materializadas en transacciones tempranas o en otros mercados (incluida la referencia a los estudios de desarrollo sobre el traslado de costos) y las técnicas analíticas como los análisis envolventes de datos y la compensación de reducción de costos marginales.

Regulación ex ante y ex post

El ecosistema digital convergente incrementó las interacciones entre los participantes que usan diferentes tecnologías, o que ofrecen diferentes servicios y aplicaciones, provocando menos barreras para el ingreso y más competencia. Como resultado, existe una menor necesidad de regulación *ex ante* (previa) y también un mayor riesgo que, cuando la regulación sea mantenida, distorsione la competencia e impida la innovación.

La regulación sectorial y la ley de competencia se desarrollaron para solucionar problemas que podrían surgir por fallas del mercado o por el poder de mercado. Aunque la existencia de regulación *ex ante* tiene sentido donde existen fuentes duraderas de poder de mercado, el rol de la regulación previa probablemente sea limitado. La regulación sectorial debería satisfacer las siguientes condiciones:

- La regulación debería remitirse a actividades económicas que no tienen potencial de competencia y debería permitir la competencia en otras partes de la cadena de valor. La competencia es más efectiva que la regulación en el estímulo de la innovación de producto y servicio a lo largo del tiempo.
- La potencial competencia debería evaluarse en un marco temporal prolongado, con hitos establecidos para la eliminación de la regulación que atraiga nuevos participantes, si es posible. De este modo, se evitaría perpetuar regulación innecesaria.
- El beneficio de una regulación que pueda surgir de la corrección de las fallas del mercado debería ponderarse contra los costos. Debería considerarse atentamente el riesgo de fallas regulatorias y los costos asociados, que surgen del establecimiento ineficiente de los precios o que exige un nivel de calidad particular, que genere menos ofertas (cuando los clientes se beneficiarían de ofertas más diferenciadas).

- Cuando la inversión esté sujeta a riesgos importantes *ex ante* (por ej., demanda altamente incierta o el uso de tecnología no probada), podría ser necesario abstenerse de regular, al menos durante un cierto tiempo, debido a la dificultad de establecer términos y condiciones que no perjudiquen los incentivos para futuras inversiones.¹
- Cuando el servicio se proporcione a los clientes con alto poder de negociación compensatorio, la regulación *ex ante* podría no ser necesaria para evitar el uso del poder de mercado.²

La aplicación *ex post* (posterior) de leyes de competencia es mucho más adecuada a los mercados dinámicos, donde los riesgos de fallas de regulación son altos. La ley de competencia es más flexible que la regulación *ex ante* porque no especifica qué deben hacer las empresas, sino solo lo que no deben hacer. La aplicación de las políticas de competencia otorga a las empresas la libertad de establecer los términos y condiciones dentro de una amplia gama potencial de conductas aceptables. Esto puede ser importante en los mercados digitales, donde las empresas quizás deseen presentar una gama de ofertas diferenciadas con diversas combinaciones de precios, características de producto y calidad de servicio, y donde las condiciones del mercado pueden cambiar con rapidez.

La regulación puede reducir el incentivo de entrada, en base a nuevos modelos comerciales y tecnologías. La regulación debería evaluarse de manera previsoramente, a prueba de futuro, retirando las regulaciones cuando pueda potenciarse la entrada de jugadores que genere mayor eficiencia en la competencia. La eliminación de las regulaciones aplicadas únicamente a un subconjunto de empresas competidoras también puede mejorar la eficiencia, al permitir que las empresas compitan en igualdad de condiciones.

1. Por ejemplo, los gobiernos generalmente reconocen que poner un límite al retorno de titulares de patentes perjudicaría la eficiencia dinámica.

2. Por ejemplo, Australia aplicó un enfoque flexible a los servicios de aeropuertos provistos por las aerolíneas (consulte Comisión de productividad, "Regulación económica de los servicios de aeropuerto", (2011)).

Recomendación 11: revisar los límites de la regulación *ex ante* para garantizar el equilibrio entre la regulación y los riesgos de inversión.

El marco regulatorio europeo, para las comunicaciones electrónicas, identifica los mercados como susceptibles a la regulación *ex ante* en base a tres condiciones: (i) la presencia de barreras de entrada legales o regulatorias estructurales no transitorias, (ii) la estructura del mercado no se dirige hacia la competencia efectiva dentro de un horizonte de tiempo relevante y (iii) la ley de competencia por sí sola no es suficiente para abordar de manera adecuada las fallas identificadas del mercado. En la práctica, el marco europeo establece un nivel de regulación *ex ante* en base al resultado del poder significativo de mercado.

Los gobiernos deberían revisar sus niveles establecidos de regulación *ex ante* para garantizar que equilibre la ganancia esperada de la regulación, con el riesgo de invertir e innovar. Por ejemplo, el nivel adecuado de regulación *ex ante* de acceso, debería equilibrar los beneficios de permitir la competencia en base al acceso regulado, contra el riesgo de los inversionistas de invertir en infraestructura. En los mercados donde existen riesgos materiales para la inversión e innovación –ya sea para empresas establecidas o nuevas– los costos de la regulación *ex ante* pueden superar el beneficio o exigir formas de regulación menos invasivas. Más aún, los riesgos de inversión deberían tenerse en cuenta al aplicar un horizonte de tiempo lo suficientemente prolongado para evaluar el potencial del ingreso competitivo.

Recomendación 12: enfoque en la regulación *ex ante* del poder de mercado duradero.

La convergencia tecnológica debería permitir que la regulación *ex ante* sea eliminada y que regulación que prevalezca esté enfocada en el poder de mercado duradero donde la infraestructura rival (de cualquier tecnología) probablemente no se replique. Cuando existen múltiples infraestructuras, en las cuales cada una restringe directa o indirectamente a la otra mediante la competencia a nivel minorista, la regulación del acceso probablemente genere menos beneficios materiales que superarían los riesgos de inversiones e innovación posteriores.

Aunque muchos aspectos del ecosistema digital sugieren que el poder de mercado duradero será relativamente escaso, un marco regulador robusto debería permitir que la regulación se aplique donde surjan nuevos cuellos de botella y donde los beneficios esperados de la regulación sean mayores que los

costos. En los mercados dinámicos con altos niveles de innovación, el enfoque de las autoridades debería estar en la conducta de la empresa para garantizar que los nuevos cuellos de botella no reduzcan la competencia, en lugar de en controles de precios que podrían perjudicar los incentivos a la inversión.

Recomendación 13: garantizar una regulación uniforme y fluida que sea consistente con la ley de competencia.

Aunque la ley de competencia probablemente sea efectiva en muchas situaciones al abordar el poder de mercado duradero, la regulación *ex ante* también puede tener un rol importante en tales casos. Un regulador especialista puede, por ejemplo, determinar más rápidamente los términos y condiciones requeridos para la entrada a fin de proteger la competencia en los mercados relacionados. Los méritos relativos de la aplicación de la ley de competencia en la regulación *ex ante* y *ex post* deberían considerarse para determinar el rol adecuado de cada una de ellas.

Las evaluaciones del impacto de la regulación deberían desarrollarse cuando se considere que la regulación *ex ante* podría ser más adecuada para abordar un problema de competencia particular. Dichas evaluaciones garantizan que la regulación *ex ante* sea proporcionada, que se identifiquen los efectos claves y que generará mayores beneficios netos que las alternativas. En los mercados dinámicos, de gran innovación y multidimensionales, los reguladores deberían ser precavidos al intervenir para cambiar los términos y condiciones, a menos que puedan confiar en que su intervención generará beneficios netos.

La regulación debería simplificarse para ser competitivamente neutra. Cuando un regulador especialista haya determinado que ciertos términos y condiciones no perjudican la competencia, no deberían violar la ley de competencia. Sin embargo, es importante garantizar que tampoco haya brechas en la aplicación. Las autoridades de competencia deberían ser capaces de actuar en los asuntos en los cuales el regulador podría haber fallado en considerarlos correctamente. Los reguladores deberían adoptar un marco claro a largo plazo y comprometerse a agregar, eliminar o modificar regulaciones adaptándose a situaciones cambiantes.

Acuerdos institucionales

Aunque es deseable un cambio hacia la aplicación *ex post* en el ecosistema digital, dejando que la regulación *ex ante* se enfoque en el poder de mercado duradero, la pregunta es cómo lograr esto. En los años recientes, diferentes jurisdicciones adoptaron diferentes acuerdos institucionales. Estos incluyen los siguientes:

- La integración de la regulación del sector y/o la protección del consumidor dentro de la autoridad de competencia.
- Reguladores independientes del sector con poderes concurrentes sobre la competencia.
- Un regulador general que trasciende todas las industrias reguladas (tal como colocar la regulación de los cuellos de botella de infraestructura de todos los sectores dentro de una misma autoridad)

Aunque el diseño institucional varía y no existe un “mejor” acuerdo institucional, podemos extraer algunas conclusiones generales desde una revisión de los diferentes acuerdos.

- La independencia de los reguladores y las autoridades de competencia es vital para garantizar un sistema transparente que respalde el proceso competitivo, independientemente del acuerdo institucional. Los países que tienen acuerdos institucionales débiles deberían establecer autoridades de competencia y reguladoras independientes con fondos adecuados y normas claras y creíbles que respalden la inversión y la innovación.
- Las autoridades de competencia y los reguladores del sector deberían cooperar estrechamente, para garantizar que los principios de la política de competencia se apliquen de forma uniforme en todos los sectores y respalden un traslado hacia la aplicación *ex post*.

Recomendación 14: replantear los acuerdos institucionales.

Los gobiernos deberían evaluar su configuración y sus normas institucionales para garantizar que sean adecuadas para un cambio desde la regulación *ex ante* hacia la aplicación *ex post*. Aunque la configuración institucional ideal es específica a cada país, diferentes acuerdos institucionales se implementaron en todas las jurisdicciones y cada uno tiene sus ventajas y desventajas.

La integración de los reguladores específicos del sector con las autoridades de competencia, puede reducir el riesgo de captura y movilización reguladora, incrementar la eficacia y efectividad de la supervisión de la competencia, mejorar la certidumbre legal y reducir los costos debidos a las economías de alcance. Pueden existir sinergias sustanciales y la amplia especialización y experiencia de los reguladores y los expertos en competencia, pueden mitigar las inconsistencias en la aplicación de las políticas de competencia y regulación económica, mejorando la calidad de las decisiones de las autoridades.

Quienes abogan por reguladores separados de cada sector, con poderes concurrentes, discuten que los diferentes enfoques requeridos por las políticas de competencia y la regulación económica, pueden generar que la autoridad de competencia coloque demasiado énfasis en la transferencia de riqueza a corto plazo a los consumidores, socavando los incentivos para la inversión que promueven los intereses a largo plazo de los consumidores. Las ventajas adicionales de mantener reguladores específicos del sector, incluyen una cantidad mayor de información específica del sector, una menor asimetría de la información y acceso a criterios de competencia, que comparan el desempeño de los diferentes reguladores.

Otro acuerdo adoptado en algunos países coloca todos los cuellos de botella de infraestructura bajo un regulador. En este caso, la regulación se enfoca en el poder verdadero de mercado duradero y facilita la migración a un sistema con mayor confiabilidad en el uso de la aplicación *ex post* de la ley de competencia. Aunque un solo regulador de infraestructura simplificaría la regulación en cierta medida, igualmente dejaría abierta la posibilidad de inconsistencias entre la autoridad de competencia y el regulador.

Cuando existe más de un regulador, los gobiernos deberían desarrollar acuerdos institucionales para minimizar cualquier superposición de responsabilidades y evitar la duplicación de agencias con responsabilidades similares. Esto puede ayudar a garantizar la uniformidad regulatoria, evitar la incertidumbre y reducir el costo de los recursos para el gobierno de los múltiples reguladores, que abordan el mismo asunto.

Recomendación 15: adoptar medidas temporales para acelerar la aplicación *ex post* y mitigar el perjuicio potencial de las conductas anticompetitivas.

La ley de competencia *ex post* con frecuencia es criticada por ser demasiado lenta, específicamente al tratar los temas de competencia en los mercados digitales de rápido desarrollo. En muchos casos de competencia, la duración de una investigación entre la primera denuncia y la decisión final lleva años. Si continúa el incumplimiento durante la investigación, puede provocar perjuicios graves e irreparables a la competencia. Independientemente de cualquier remedio que finalmente resulte de la investigación, el incumplimiento puede generar una posición dominante permanente de la empresa infractora, en especial si los rivales abandonan el proceso.

Las autoridades de competencia pueden imponer medidas provisionales para evitar perjuicios posteriores y permanentes. Sin embargo, la evaluación del perjuicio potencial puede ser difícil en los mercados digitales y la implementación de una medida provisional puede sobreproteger y perjudicar a una empresa que posteriormente se compruebe que no infringió la ley de competencia. Por lo tanto, se debe tener cuidado al elegir las medidas provisionales. Deben cumplirse dos condiciones principales antes de imponer una medida provisional:

- Urgencia debido al riesgo de perjuicios graves e irreparables en la competencia.
- La probabilidad de descubrir un incumplimiento.

Las autoridades deben revisar los plazos, para garantizar un equilibrio adecuado entre la velocidad de los procedimientos de la competencia y la calidad de la investigación. Como los mercados digitales generalmente son complejos, debe alcanzarse un equilibrio entre la velocidad de la investigación y permitir el tiempo suficiente para que se realice una investigación adecuada y basada en los hechos. Esto implica (i) dar prioridad a los casos urgentes donde el potencial de perjuicio sea grande, (ii) mejorar la recopilación de datos y la capacidad de procesamiento, (iii) hacer uso de los expertos de la industria desde el inicio, (iv) usar acuerdos y compromisos tempranos cuando corresponda y (v) garantizar un proceso de apelación simplificado y adecuado al propósito.

Conclusiones

La economía digital puede simplificar la vida, hacerla más productiva y más agradable para las personas de todo el mundo. Los gobiernos deberían garantizar que su regulación y sus políticas sobre competencia tengan en cuenta los avances constantes de un mercado en progreso, y proporcionen una base sólida para la competencia, la inversión y la innovación continuas, para el beneficio de todos.

Definición de mercado y poder de mercado

1. Ajustar las herramientas existentes para tener en cuenta las características específicas de los mercados digitales.

2. Enfoque en los patrones de sustitución reales.

3. Utilizar herramientas alternativas para capturar los principales determinantes de la conducta cambiante de los consumidores.

4. Garantizar que la definición de mercado sea suficientemente previsor, y revisar y adaptar las políticas para capturar plenamente los cambios en el mercado relevante.

5. Hacer foco en la supuesta conducta anticompetitiva y sus posibles efectos, en lugar de inferir el poder de mercado desde su estructura.

6. Evaluar el grado en que el Big Data confiere poder de mercado.

7. Mantener un alto umbral para la intervención, en base a la dominancia colectiva.

El estándar de bienestar total

8. Adoptar un estándar de bienestar total para respaldar el crecimiento de la productividad a largo plazo y estándares de vida más altos.

9. Hacer foco en los efectos dinámicos cuando se evalúan las fusiones y la competencia en los mercados digitales.

10. Usar mejores herramientas para evaluar las eficiencias.

Regulación ex ante y ex post

11. Revisar los niveles de la regulación *ex ante* para garantizar el equilibrio entre la regulación y los riesgos de inversión.

12. Enfoque en la regulación *ex ante* del poder de mercado duradero.

13. Garantizar una regulación uniforme y fluida que sea consistente con la ley de competencia.

Acuerdos institucionales

14. Replantear los acuerdos institucionales.

15. Adoptar medidas temporales para acelerar la aplicación *ex post* y mitigar el perjuicio potencial de las conductas anticompetitivas.



Para ver y descargar el reporte completo
por favor visitar www.gsma.com

OFICINA CENTRAL DE LA GSMA

Floor 2
The Walbrook Building
25 Walbrook
London, EC4N 8AF
Reino Unido
Tel.: +44 (0)20 7356 0600
Fax: +44 (0)20 7356 0601

© GMA 2016