El futuro de la política de competencia europea

10 de septiembre de 2009

Hasta hace poco más de medio siglo, cada nación en Europa aplicaba (o carecía de) sus propias políticas de competencia con diferentes finalidades.

El hecho de que la defensa de la competencia esté vinculada al bienestar del consumidor es especialmente relevante, tanto o más en el caso europeo, donde a menudo la competencia se ha contemplado con suspicacia y donde la falta de ella en algunas industrias explique tal vez su menor dinamismo en términos de innovación. Contra este problema se pronunció la Agenda de Lisboa en 2000 y 2005. Lógicamente, si la competencia es la clave para la ansiada innovación, las políticas de competencia deben ocupar un lugar destacado en la Unión Europea.

En estos cincuenta años de trabajo comunitario se han logrado avances sustanciales:

- la introducción en 1989 del control de las operaciones de concentración, revisado en 2004;
- el establecimiento (por jurisprudencia) de los Artículos 81 y 82 como herramientas fundamentales para controlar y prevenir comportamientos anticompetitivos;
- la consolidación del control de la ayuda estatal y su evolución hacia un enfoque más económico; y
- el afianzamiento de la autoridad de la Comisión Europea (CE) y el control judicial del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia Europeo.

Ahora bien, ¿en qué se ha acertado, qué es lo que falla, qué queda por hacer? El volumen

©IESE Business School

Competition Policy in Europe Fifty Years after the Treaty ("Políticas de competencia en Europa cincuenta años después del tratado"), coordinado y editado por el profesor del IESE Xavier Vives, profundiza en numerosos aspectos de las políticas de la competencia en Europa para analizar su posición actual, detectar sus carencias, proponer medidas y dilucidar cuáles pueden ser las tendencias futuras.

El diseño de instituciones que dirigen la política de la competencia es básico para el control de las operaciones de concentración y la ayuda estatal. Philip Lowe revisa la experiencia de la CE en este campo, con especial énfasis en asuntos organizativos y procesales. El autor desgrana las medidas modernizadoras de la Dirección General de la Competencia (DGC), como nuevos controles y balances sobre decisiones y el establecimiento de la oficina del Economista Jefe de la Competencia. Sin embargo estas reformas plantean otra cuestión: cuál es la mejor solución para la instrucción, decisión (en manos de la Comisión) y control judicial (con posible apelación a los tribunales comunitarios).

Los acuerdos horizontales y verticales son prácticas concertadas que tienen como objeto o efecto restringir la competencia, y que por tanto son ilegales. Jorge Padilla y Matthew Bennett analizan la estructura, los objetivos y la implementación del Artículo 81 del Tratado de la UE, encargado de evaluar esos acuerdos. Los autores apuntan ciertas restricciones verticales que, si bien minan la competencia, pueden maximizar la eficiencia. Existen dos metodologías para la evaluación competitiva de los acuerdos: una regla quasi per se o una de razón estructurada. Padilla y Bennett opinan que esta última es la más adecuada.

El abuso de posición dominante es uno de los asuntos previstos en el Artículo 82 del Tratado de la UE. John Vickers destaca el enfoque cada vez más económico de las políticas europeas sobre la competencia y se pregunta si ocurrirá lo mismo en este caso. Por ejemplo, plantea lo que sucede con los límites de los recintos protegidos, en que sería preferible una participación de mercado por encima del 50%, superior a la supuesta por las declaraciones de la CE. El autor revisa varios ejemplos de sentencias discutibles, relacionadas con precios predatorios (Wanadoo), planes de descuentos (British Airways) o negación de suministro de información a competidores (Microsoft). Vickers aboga por directrices para la aplicación del Artículo 82 similares a las relativas a fusiones no horizontales: orientadas al consumidor, y no al competidor.

La colusión es aquella práctica en que varias compañías mantienen precios de forma coordinada por encima de un precio de referencia competitivo. Massimo Motta examina los factores que lo facilitan (como el intercambio de información) y la experiencia de la UE en la lucha contra los cárteles, contemplados en el Artículo 81. El problema es cómo inferir

©IESE Business School

colusión a partir de datos de mercado cuando el comportamiento paralelo de las empresas puede ser simplemente el resultado de un mercado competitivo. Dadas las referencias que se extraen del Tratado y de sentencias concretas, el estándar de prueba para una infracción por cártel depende de una amplia evidencia documental, donde el análisis de datos de mercado es sólo un complemento. Las políticas de clemencia también han contribuido a detectar casos de colusión, pero el autor sostiene que, dadas sus insuficiencias, podrían tomarse en consideración mayores sanciones.

El control de operaciones de integración en la UE es muy distinto del sistema estadounidense, basado en procesos judiciales. En el caso europeo, el control judicial (en manos del Tribunal de Primera Instancia, con ulterior recurso al Tribunal Europeo de Justicia) es posterior a la decisión de la DG de la Competencia. Bruce Lyons repasa los comienzos del sistema europeo y sus reformas, como el reemplazo de la prueba de confirmación basada en la participación de mercado por la de "impedimento sustancial a la competencia efectiva", más cercana a la americana. Sin embargo, los modelos de análisis empleados para determinar los posibles daños ocasionados por concentraciones horizontales y no horizontales son complejos y no siempre resultan definitivos, sobre todo en el segundo caso, que implica potenciales ganancias en eficiencia. El autor sugiere algunas mejoras en el control de las operaciones de integración, tales como no descartar compromisos de comportamiento y atender a la colusión potencial entre compradores y vendedores de activos desinvertidos.

El control de la ayuda estatal en la UE está dirigido a paliar fallos tanto de mercado como de gobierno. En el primer caso, puede corregir fallos asociados a externalidades y bienes públicos (como en I+D), así como asimetrías de información en los mercados de capital, y puede en ocasiones crear competencia. Pero frente a estos potenciales efectos positivos están los efectos de los fallos de gobierno, posiblemente de mayor envergadura. David Spector destaca las limitaciones del análisis económico y la falta de recetas claras en este terreno. La actual revisión del control de la ayuda estatal hace hincapié en un mayor enfoque económico. El autor formula una provocadora pregunta: ¿será ese enfoque el caballo de Troya del paternalismo que se atribuye generalmente a las decisiones de la CE.

Las empresas de red, como las de electricidad, gas, telecomunicaciones o transporte, implican un importante elemento de monopolio natural a causa de la inversión fija en infraestructuras. Martin Hellwig estudia la relación entre la regulación específica de cada sector y las políticas de competencia. Éstas, en su opinión, no están en disposición de regular precios y calidad de acceso a los servicios, mientras que las regulaciones específicas, que

©IESE Business School

oscilan entre las de enfoque ingenuo (sector energético) y las de enfoque sofisticado (telecomunicaciones), presentan distintos problemas. Entre ellos figuran la definición de términos cruciales (como los límites de un mercado), el diseño institucional de reguladores o el control judicial.

La regulación en el sector de las telecomunicaciones ha contado con dos marcos reglamentarios, uno en 1998 y otro en 2003. Jordi Gual y Sandra Jodar-Rosell revisan los objetivos de ambos y sus éxitos. El primero de ellos estuvo destinado a incrementar la competencia y a integrar el mercado de la UE. Como resultado se maximizó la eficiencia, aunque no hubo tanto éxito en la penetración de la banda ancha y en la competencia en telefonía convencional. En 2003, ante la creciente convergencia de tecnologías de redes digitales, la CE impulsó un nuevo marco. La reforma ha permitido un reajuste de tarifas y ha minimizado los riesgos de imposición de estándares por parte de empresas dominantes. Sin embargo, crea incertidumbres en torno a los incentivos para invertir en el despliegue de redes de nueva generación.

La regulación en empresas de energía, estudiada por Richard Green, superó los obstáculos iniciales tras la liberalización gracias a dos instrumentos: las directivas para introducir competencia en el sector y la aplicación de políticas de competencia, dado que éste ya no quedaba al margen de las leyes antimonopolio. La CE ha intervenido en acuerdos entre compañías y en operaciones de integración, incluidas las transfronterizas (como en el caso de Endesa y Enel). También ha llevado a cabo investigaciones sobre presuntos abusos de posición dominante y ha impulsado un paquete legislativo en torno a cuestiones como la consolidación de los reguladores nacionales y la formación de una agencia comunitaria de reguladores de energía. A esto se ha agregado una cláusula de tercer país para evitar que firmas extranjeras controlen la transmisión a menos que exista reciprocidad.

El sector bancario, uno de los más regulados, ha estado mucho tiempo exento de la aplicación de políticas de competencia por un supuesto desequilibrio potencial entre competencia y estabilidad. Elena Carletti y Xavier Vives estudian ese teórico desequilibrio y concluyen que, alcanzado cierto umbral, un aumento en el nivel de la competencia tenderá a incrementar los incentivos para la toma de riesgos y las probabilidades de bancarrotas. La duda consiste en establecer el grado máximo de poder de mercado que debe permitirse en banca y si la aplicación de políticas de la competencia debe modularse a tenor de las preocupaciones sobre la estabilidad. La CE ha adoptado decisiones históricas en numerosas cuestiones, como las operaciones de integración anticompetitivas. Con todo, los autores consideran que las políticas de la competencia deberían centrarse en las fuentes del poder

©IESE Business School

de mercado y emplear un análisis económico que tenga en cuenta las complejidades del sector, y advierten de los potenciales conflictos entre integración de mercado y competencia.

Las políticas de la competencia en EE UU y en la UE, a grandes rasgos, están convergiendo. Bill Kovacic explica que es la más restrictiva, la europea, basada en el derecho civil, la que impone el estándar. Aun así, muchas innovaciones en políticas antimonopolio proceden de EE UU. Los sistemas a ambos lados del Atlántico tienen el mismo objetivo general, el bienestar del consumidor. Coinciden en esencia en numerosos apartados, como el trato dado a cárteles y fusiones horizontales, los principios tras las ayudas estatales, así como en la idea de que las consultas entre ambas jurisdicciones contribuyen al bien del consumidor Entre las divergencias figura el procedimiento de confrontación estadounidense versus el administrativo europeo.

A cincuenta años vista

En general, la historia de las políticas de la competencia en Europa en el último medio siglo puede considerarse un éxito, dada su solidez y su capacidad de autorreforma. Uno de los desafíos para la CE será la atracción de capital humano, y pronto veremos los efectos de las demandas particulares en la UE, así como una aplicación más descentralizada de las políticas en los tribunales nacionales. Dentro de otros cincuenta años, apunta Xavier Vives, el papel de la CE podrá ser muy distinto, pero es muy probable que la importancia de las políticas de la competencia no disminuya. Un cambio plausible podría ser la evolución del marco institucional para su implementación y del control judicial. En esta situación cabría discutir la creación de una agencia independiente (a la manera de la Comisión Federal de Comercio estadounidense, FTC). Mientras tanto, el autor considera que el reto para la economía es proporcionar herramientas que traduzcan los conocimientos acumulados en directrices y consejos prácticos.

©IESE Business School