

Pedro Schwartz Girón*

LOS LÍMITES DE LA POLÍTICA ANTITRUST

El autor duda que sea necesaria una continua vigilancia de las autoridades de la competencia para evitar que las economías capitalistas se conviertan en una constelación de monopolios y oligopolios. No parece cierto que los monopolios dañen la economía si se les permite discriminar precios. Prohibidos los cárteles secretos, bastaría con que los acuerdos entre empresas sobre precios y cantidades se declararan ilegales y no exigibles ante los tribunales. No debemos aspirar a la competencia perfecta, sino permitir el pleno despliegue de la libre competencia.

Palabras clave: estrategias de mercado, oligopolios, monopolios.

Clasificación JEL: L12, L13, L4.

«Queremos un gobierno de leyes, no de hombres»

John Adams**

1. El problema

La función de defensa de la competencia encomendada a Estados u organizaciones interestatales como la Unión Europea es objeto de incesante controversia. Parto de la premisa, común a todos los que cultivan este campo científico y jurisdiccional, de que la libre competencia garantiza el máximo bienestar de los consumidores y la óptima organización de los productores. Dicho esto, cabe preguntarse si es verdad que, a pesar de las ventajas que esa libertad trae consigo, las economías capitalistas tienden a evolucionar necesariamente hacia el oligopolio y el monopolio,

como temía Adam Smith¹ y denunció Carlos Marx², lo que demandaría una continua vigilancia de los poderes públicos para corregir esa tendencia. Si por el contrario los beneficios que conlleva la competencia empujan espontáneamente el sistema capitalista a ser competitivo, como han sostenido Mises³, Stigler⁴ y

¹ «La gente de una misma ocupación rara vez se reúne, aunque sea para alegrarse y divertirse, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público, o en algún arreglo para subir los precios». *Riqueza de las naciones*, l.x.c. Estas reuniones no podían prohibirse pero su efecto dañino se multiplicaba si las autoridades las organizaban o imponían.

² Véase por ejemplo el capítulo I del *Manifiesto comunista* (1848) firmado por Marx y Engels pero escrito por el primero: «La burguesía [...] ha aglomerado la población, centralizado los medios de producción y concentrado la propiedad en un pequeño número de manos».

³ VON MISES, L. (1980). *La acción humana*, cap. XVI. 10, pág. 464. Mises consideraban que los daños del monopolio los causaba la protección pública cuando intervenía pero mostró gran confianza en la evolución espontánea del mercado hacia la libre competencia.

⁴ STIGLER, G. J. (1957). «Perfect Competition, Historically Contemplated», en *Journal of Political Economy*, LXV, 1 (Febrero). La competencia dinámica la denominó Stigler «*industrial competition*». Tal forma de competencia es la que extiende su campo a toda la economía y recoge la evolución del mercado en el tiempo. La condición necesaria y suficiente es que haya libre entrada y salida de competidores: así habrá que tomar en cuenta, no sólo los competidores presentes en un mercado local, sino los competidores potenciales dispuestos a entrar en el sector si la competencia existente es flaca y por ende goza de beneficios extraordinarios.

* Catedrático de la Fundación Rafael del Pino en la Universidad Camilo José Cela.

** John Adams (1735-1826), que sería presidente de Estados Unidos, tomó esta frase de Harrington, el autor de *The Commonwealth of Oceana* (1656), y la hizo incluir en el art. 30 del «Bill of Rights» de la Constitución de Massachusetts (1780).

Kirzner⁵, entonces la intervención de los servicios públicos de la competencia sobraría en su mayor parte. La opción intermedia, la del intervencionismo según los casos y a criterio del regulador, me parece teóricamente vacía: es pura empiria y suma de soluciones *ad hoc*. Su único contenido científico es la búsqueda de lo que los economistas llamamos un «segundo óptimo», lo menos malo de lo que se puede conseguir en materia de competencia adaptándose pasivamente a las restricciones políticas impuestas sobre el resto del sistema productivo⁶. Esta opción hace muy difícil prever qué decisiones tomarán los Tribunales o la Administración sobre la conducta de empresas y empresarios respecto de clientes y rivales.

Dada la brevedad del presente trabajo, examinaremos los principios generales y aludiremos sólo de paso a algún ejemplo representativo. No es fácil destilar principios de actuación de la infinitud de decisiones jurisdiccionales y administrativas recaídas en el campo de la competencia económica. En el continente europeo, tradicionalmente regido por la legislación codificada, ha tenido lugar un sorprendente vuelco hacia el *case law* del derecho anglosajón. Tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia se rigen sin duda por los Tratados, pero los interpretan sobre la base de casos decididos por ellos. La legislación es muy parca en materia de competencia económica y por ello parece de fácil estudio; en España, dos o tres artículos apenas, virtualmente transpuestos del ordenamiento comunitario. La abundancia de «casos» a tomar en cuenta, sin embargo, complica cualquier comentario o pronunciamiento.

El marco político-económico en el que se inserta la defensa de la competencia confunde aún más

la cuestión. Por un lado, está la ambigüedad de la postura de las autoridades ante el crecimiento de tamaño de algunas empresas, porque tienen como referente el modelo de competencia perfecta de *price-takers*, es decir, de inertes aceptantes de precios, cuando en la realidad la competencia no es inerte ni en su funcionamiento ni en sus efectos, pues la mueve el interés individual y arroja ganadores y perdedores. A las autoridades les cuesta resignarse ante el hecho de que la competencia no es neutra: el descubrimiento y explotación de mejoras empresariales y productivas tiene como efecto natural el crecimiento del tamaño de las compañías de éxito y su búsqueda de renovadas adquisiciones, hasta que el tamaño de la empresa la hace inmanejable. Por ello las autoridades, so pretexto de defender a los consumidores, cuando aceptan fusiones y adquisiciones obligan a la nueva empresa a que se desprenda de activos para reducir el poder de mercado que ambiciona y que siempre es temporal. Por otro lado, está la contradicción entre la defensa de la competencia y otras actuaciones del Estado: con la mano derecha trata de evitar e incluso castigar las situaciones y acciones anti-competitivas del sector privado; con la izquierda crea un sinnúmero de monopolios públicos y edicta leyes y reglamentos que traban la actividad empresarial. Por fin está la consecuencia no querida de su política de defensa de la competencia: atrae *lobbies* de pretendientes, concita defensores de intereses bastardos y buscadores de rentas, que, como las dos mil moscas de Samaniego, «acuden golosas al panal de rica miel del Estado y quedan presas de patas en él». Comprendo la buena voluntad y admiro el esfuerzo de los legisladores y administradores que buscan defender el principio de la libertad económica; sin embargo, no puedo dejar de recordarles lo que cuesta el sistema antitrust y el escaso éxito de sus intentos de que el Estado y sus instancias territoriales no caigan en los mismos defectos centralizadores y exclusivistas que dicen querer reprimir entre sus súbditos.

⁵ KIRZNER, I. (1973): *Competition and Entrepreneurship*. University of Chicago.

⁶ La llamada «teoría del segundo óptimo» justifica las intervenciones parciales aparentemente contrarias a la libre competencia cuando una política de plena liberación de un sector no haría sino empeorar la situación existente, por razón de la existencia de restricciones inamovibles en el resto del sistema. Véase SCHWARTZ (1982), págs. 15-33.

Aviso que mi postura será razonada pero nunca ecléctica⁷. No busco la vía media. Muestra de ello es que hablo siempre de «libre competencia» y no de «competencia perfecta», porque creo que esa primera expresión es la que refleja cabalmente el carácter dinámico del sistema de mercado. Creo que es un error presentar la competencia perfecta como el ideal que hay que alcanzar en la práctica, porque a fin de cuentas no es sino un instrumento didáctico de equilibrio parcial y estático, que deja escapar todo el lado dinámico del sistema capitalista. Como dijo Hayek (1968).

«¿Cuántas de las actividades de las que los vendedores en la vida real utilizan serían posibles en un mercado en el que prevalece la llamada «competencia perfecta»? Precisamente ninguna. Por definición quedan excluidas la publicidad, los descuentos de precios, la mejora de bienes y servicios la competencia 'perfecta' significa la ausencia de toda actividad competitiva»⁸.

Como la confusión en cuestiones de defensa de la competencia es grande, me atrevo a reclamar una discusión a fondo de los principios y prácticas de la actuación pública en un campo de tanta importancia como es éste.

El nacimiento del antitrust

La política antitrust nació en EE UU con ocasión de la lucha legal que acabó en la disolución del «trust» de Standard Oil en 1911, sobre la base de la Sherman Act de 1890 y de una sentencia final del Tribunal Supremo. Su fundador, John D. Rockefeller, había reunido una inmensa fortuna partiendo de la explotación de pozos de petróleo en Ohio. Sobre esta base

extendió su imperio empresarial al refino, al transporte de productos petroleros y derivados, a la construcción de oleoductos, ferrocarriles, a productos financieros, así como el primer mercado de futuros, en este caso petroleros. Para evitar la prohibición de dirigir las compañías petroleras de un estado desde otro distinto del de la actividad, constituyó un trust que dirigía sus empresas a modo de *holding*. Sus adquisiciones las realizaba a veces con métodos perentorios —como guerras de precios, acuerdos secretos con presuntos competidores, utilización estratégica del derecho mercantil— pero nunca con métodos ilegales. Cometió pues todos los pecados concebibles contra la competencia perfecta. Fue un hombre odiado por la opinión pública y temido por sus rivales en los negocios. Pero no cabe duda de que dio muestra de sobrehumana capacidad de organizar y dirigir grandes grupos empresariales. Desde el punto de vista del bienestar general, dejando aparte su mecenazgo cultural y social, supo reducir precios al mínimo para atender a una demanda creciente y en general abaratar y difundir los productos esenciales que lanzaba al mercado. En el momento de mayor poder del trust, los precios de sus productos eran los más bajos de la historia del petróleo⁹. No fue tanto la decisión del Tribunal Supremo de dividir el trust en sus partes como los avances exploratorios y técnicos los que redujeron su preminencia, sino el descubrimiento de nuevos pozos de petróleo en Rusia y el sudeste asiático, la luz eléctrica en vez de keroseno y gas para la iluminación de calles y hogares y la rivalidad planteada al ferrocarril por el motor de explosión. Es éste un ejemplo de una regularidad general: cuando una empresa consigue explotar una situación monopolística con grandes beneficios, el principal freno de su crecimiento al parecer sin límite lo constituyen los avances técnicos que permiten que los competidores comiencen a suministrar productos sustitutivos del monopolizado.

⁷ En el año de 1991, Karl Popper tomó parte en un simposio organizado por los estudiantes de la Universidad Complutense. Hablaba Laín Entralgo. Popper se inclinó hacia mí y me dijo con su acento austriaco: «Pedro, he is an eclectic. What can we do with an eclectic?».

⁸ HAYEK, F. VON (1968). «La competencia como un procedimiento de descubrimiento», en *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Routledge, Londres, 1978. Reproducido en HIGH (2001), págs. 341-355.

⁹ ROCKEFELLER (2007), págs. 48-50.

Los dos apartados de la regulación de la competencia

Los dos grandes capítulos o apartados de la política antitrust en EE UU se definieron durante el caso Standard Oil: 1) la lucha contra los monopolios, trusts o cárteles; y 2) la lucha contra la competencia desleal. Roosevelt potenció ambas vías de control de las grandes empresas durante su primera Presidencia de 1933 a 1937. En realidad, el antitrust siguió huérfano de teoría económica hasta que, al final de la década de 1960, el ahora juez Posner inició el profundo giro doctrinal que ahora asociamos con la Escuela de Chicago: por un lado, rechazó la regulación de los *trusts* como innecesaria e incluso contraproducente; y por otro, aceptó la regulación y prohibición de prácticas colusivas y desleales hacia consumidores y competidores ¹⁰. En mi opinión, esta es una doctrina fundamentalmente correcta y a la que voy a atenerme en este trabajo, aunque quizá llevándola más al extremo.

La vana lucha contra el monopolio natural

El libro clásico de Posner (1969) sigue siendo válido por cuanto se refiere a la regulación de los monopolios naturales, de la concentración horizontal y vertical, de la discriminación y fijación de precios mínimos, y

¹⁰ Tal clasificación bipartita no se corresponde exactamente con la división de materias de la legislación española de la competencia. En España lo sustantivo o material de la libre competencia viene regulado por la Ley 15/2007 y por la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. La concentración administrativa de diversos organismos reguladores en una única Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) que ha traído la Ley 3/2015 no es el objeto principal de mi comentario. Ciertamente cabría hacer alguna reflexión crítica de la centralización de diversas y quizá contradictorias funciones en un solo organismo. En efecto, en esta CNMC confluyen ahora funciones de defensa de la competencia y posibilidades de suspensión de la misma. Por un lado, se le encomienda la vigilancia de prácticas restrictivas de la competencia y concentraciones económicas, reguladas por la Ley 15/2007. Por otro, se le atribuyen las funciones de planificación y control de actividades que no se quieren dejar al libre mercado, como son la energía, las telecomunicaciones, la regulación ferroviaria y aeroportuaria, el sector postal y los medios audiovisuales. Mas no debo perderme en comentarios funcionales y que debo más bien atender a los principios económicos subyacentes de la actividad pública en todo el campo de la competencia económica.

demás prácticas relacionadas con el concepto de «poder de mercado».

El monopolio natural

Para analizar todas estas situaciones de falta de competencia, parte Posner franca y directamente de la noción de monopolio natural:

«Si la demanda en un mercado relevante puede ser satisfecha en su totalidad y al mínimo coste por una sola empresa en vez de dos o más, el mercado en cuestión es un monopolio natural, cualquiera sea el número de empresas en él».

Los sectores en los que aparece este fenómeno del monopolio natural suelen ser los que necesitan una inversión inicial alta y luego gozan en un amplio tramo con costes marginales menores que su coste medio, como son el gas, el agua, la electricidad, el transporte público, o los servicios en red cuya demanda crece a medida que aumenta el número de usuarios, como son los transportes, las telecomunicaciones, o el dinero. Si en estos mercados funciona más de una empresa, habrá despilfarro de recursos y la multiplicidad de oferentes durará poco. Remedando a Gertrude Stein, diré que «un monopolio es un monopolio»— libre, regulado, nacionalizado, como se quiera. Su naturaleza no cambia porque se le impongan «controles de tasas de retorno, de tarifas, de calidad de servicio, de ampliación o abandono de la actividad, e incluso de entrada en el mercado» (Posner, 1999). Los fines que normalmente se persiguen con estos controles son varios y quizá contradictorios; van desde la redistribución de la renta y la estabilidad económica, pasando por la asignación eficiente de recursos y la reducción de costes, hasta el refuerzo de los incentivos para la innovación.

Contra la manipulación de precios por el monopolista

La cuestión es si los monopolios naturales no regulados tienden a ocasionar comportamientos contrarios

al bienestar de la sociedad. Es sabido que el monopolista puede cargar un precio más alto que en situación de plena competencia, por lo que se reduce la demanda y la producción del bien o servicio queda por debajo de lo que serían en competencia. Durante mucho tiempo se pensó que el monopolista debía ser obligado a fijar un precio igual al coste marginal, como manda el modelo de competencia perfecta; pero la aplicación de esa regla a una industria en la que los costes marginales son menores que el coste medio la llevará a la quiebra, a menos que reciba subvención pública. Por eso, hoy en día, las autoridades se contentan con sólo imponer al monopolista tarifas más bajas de las que éste podría cargar si no se le regulara.

Sin embargo, la dificultad se resuelve al permitir al monopolista discriminar precios, de la misma manera que lo hacen los ferrocarriles cuando por un mismo trayecto y casi el mismo servicio cobran una cantidad distinta en primera y en segunda clase; o cuando las líneas aéreas cargan precios diferentes a cada pasajero hasta llenar el avión. Al cobrar un precio más alto a los clientes que desean el bien o servicio con más intensidad, el monopolista retiene para sí el llamado «excedente del consumidor», lo que se considera abuso de posición de dominio. Pero ésta es una cuestión distributiva, no productiva, ya que la producción será casi la misma que en libre competencia, aunque la distribución del ingreso sea diferente. Incluso cuando el bien o servicio tenga carácter de «necesario» y pueda parecer que el monopolista tendería a abusar. Pero, si sabe lo que le conviene, intentará no superar el máximo que cada cliente esté dispuesto a pagar porque no querrá dejar de servir a ninguno de ellos y buscará colocar toda su producción en el mercado. Por tanto, la normativa que prohíbe la discriminación de precios no puede justificarse sobre la base de la corrección de un defecto de eficiencia del libre mercado, que nunca se pretendió que distribuyera el bienestar de forma igualitaria.

Hay otros modos de manipular los precios por los que se critica las compañías con poder de mercado: las ventas conjuntas y la fijación de precios mínimos.

Es lo que la práctica americana llama «*tying in*» o «*bundling*»; y «*resale price maintenance*». Respecto de la negativa de vender un producto monopolizado si no se compra al mismo tiempo otro producto de la compañía para cuyo suministro sí hay competencia, es oportuno aludir al caso Microsoft, empresa a la que la Federal Trade Commission demandó porque imponía el uso del Internet Explorer a sus clientes de Windows pese a que había otros buscadores fácilmente asequibles en el mercado. Iniciado el caso en 1998, la Comisión Federal lo abandonó pero tomó su lugar el Departamento de Justicia. Al final, lejos de acabar en la división de la corporación al estilo de lo impuesto a Standard Oil, las partes llegaron a acuerdos en 2004 para facilitar el uso de exploradores a los clientes de Windows. La evolución posterior del mercado de los PCs, *laptops*, tabletas, y teléfonos móviles nos hace ver lo ridículo de esa demanda en un campo de actividad sujeto a tal velocidad de avance técnico. La erosión de su situación de dominio de mercado no ha venido de los tribunales, sino de la competencia de sociedades rivales, como Apple, o de sistemas operativos gratuitos, como Linux. Vista dinámicamente, la figura del monopolio permanente e inaccesible a la competencia pierde todo su poder de convicción.

En el caso de la prohibición de imponer un precio mínimo a los distribuidores de un producto o servicio por parte de un productor aspirante a un aumento de su poder de mercado, la crítica ha de tomar un camino diferente. En la mayor parte de los casos, la imposición de precio mínimo recibe el apoyo de la legislación o la Administración. Tal es el caso de los libros en España y otros países europeos. So pretexto de proteger a los librereros, cuándo éstos se enfrentan con la competencia de otros canales de lectura, buscan proteger sus ingresos de las ventas de posibles *best sellers*. Así impiden los descuentos en libros de más difícil salida y dificultan el negocio de los librereros que pretenden proteger. El mercado de libros gozaría de un régimen de soluciones más flexible si la regla fuera sujeta a contrato y no a legislación.

Prohibición de acuerdos entre empresas

Los cárteles, mientras no sean secretos, son una práctica esencialmente del mismo tipo que las fusiones de empresas, por lo que cabe aquí el mismo tipo de análisis que para el monopolio natural. Algo más diré al hablar de colusión y competencia desleal.

Fijación administrativa de las tarifas del monopolista

En nombre del principio de bienestar del consumidor, los reguladores a menudo fijan valores máximos para la venta de bienes y servicios prestados por el monopolista. La fijación de esas tarifas se enfrenta con numerosas dificultades. La más importante es la del cálculo de los costes. Por parte del monopolista, el incentivo ya no es el de reducir los costes al máximo para aumentar el margen operativo, sino el de exagerarlos para conseguir que los apruebe la autoridad reguladora. Incluso es probable que el monopolista realice gastos suntuarios, aumente la remuneración de los directivos, o no resista con demasiada energía las demandas de los trabajadores, transfiriendo así una parte del beneficio de monopolio que debería ir a los accionistas. El control del monopolista puede llegar hasta el punto de limitar los dividendos a los accionistas, se supone que para forzar una reinversión de los beneficios operativos brutos.

Tampoco es fácil determinar y limitar lo que deben pagar los consumidores sin poner en peligro la rentabilidad de la empresa y la capacidad de inversión e innovación de ésta. Es permanente la tentación del regulador de favorecer al público votante con tarifas bajas que, si se recargan de impuestos adicionales a los normalmente cargados sobre las ventas o sobre los beneficios o se utilizan para subvencionar otros sectores, dan lugar a distorsiones dañinas para la economía general.

Denuncia del monopolista perezoso

En apariencia, tiene más sentido la idea de que el monopolista tenderá a dejarse llevar por la pereza,

pues por definición no tiene un competidor que le discipline. Yo le oí a John Hicks decir una frase que había hecho famosa de que «*the best of all monopoly profits is a quiet life*» —el mejor de los beneficios de un monopolio es una vida tranquila—. Ese pronunciamiento da por supuesto que el monopolista no busca fijar con acierto sus precios, minimizar los costes ni innovar, porque no le interesa aumentar sus beneficios. Ese tipo de comportamiento sólo será racional si la autoridad regula su negocio y le protege de nuevos entrantes, más aún si es un monopolio público. Por el contrario, el monopolista no regulado buscará el máximo beneficio o el aumento del valor de su empresa, como cualquier otro empresario.

De todas maneras, la competencia penetra por los resquicios más inesperados. Porter (1980) muestra muy diversas formas de competencia que pueden afectar incluso a una empresa que está libre de competidores en su sector gracias a los rendimientos crecientes que consigue. Ciertamente es que los compradores quizá no tengan gran poder de negociación ante un monopolio, aunque siempre habrá sustitutos del producto que demandan, sobre todo a largo plazo¹¹. El bien o servicio suministrado por el monopolista no regulado resultará deficiente si éste no busca el aumento del valor de su empresa, con los *caveat* señalados en el apartado anterior. Quienes sí pueden negociar y apropiarse de una parte del beneficio del monopolista son los suministradores externos y los empleados y gerentes de la propia empresa, lo que se ve magnificado cuando las autoridades dificultan el acceso de nuevos entrantes. Por fin, un monopolista privado y libre de regulación estará siempre expuesto a una amenaza de compra por parte de algún rival, si no acierta a maximizar el valor de su empresa, por lo que no desaparecen los incentivos a la eficiencia. Estas reflexiones se aplican igualmente a la investigación y mejora tecnológica que a la calidad del servicio y la reducción de costes.

¹¹ Especialmente interesante en este punto es el cap. 3 «Competencia y monopolio», KIRZNER (1973). Véanse págs. 122 ss. De la traducción española.

Fomento de la investigación

Los efectos del monopolio sobre el avance de la investigación son objeto de amplia discusión. Al monopolista le conviene fomentar la I+D+i en su seno, pues al abaratar los bienes y servicios que suministra y al ofrecer nuevos productos conseguirá aumentar su cifra de negocio y su retorno bruto. Desde el punto de vista político, al monopolista también le conviene proyectar la imagen de su dedicación investigadora. También hay que recordar que el monopolista no está tan atado al corto plazo como las empresas competitivas, por lo que tendrá no sólo tiempo, sino también recursos para realizar investigaciones más básicas. También se discute que las patentes resulten un incentivo para la investigación privada. Para explotarlas y defenderlas conviene tener gran tamaño y muchos fondos. Como ha dicho Paul Romer (1990), las nuevas ideas son fácilmente apropiables por los demás; y a la postre no es fácil excluir a nadie de su uso ni patentándolas ni manteniendo secreto profesional.

Los ejemplos en una dirección y otra son abundantes. Los laboratorios Bell en EE UU, famosos por su dedicación a la ciencia y a la técnica, desaparecieron cuando el monopolio fue troceado por sentencia judicial. Naturalmente que Telefónica no era muy eficiente mientras fue un monopolio estatal; su servicio al público mejoró notablemente tras su privatización. Durante unos años siguió gozando de un amplio poder de mercado, pudo mantener durante algún tiempo laboratorios no necesariamente volcados hacia la inmediata aplicación interna de sus desarrollos y creó una Fundación dedicada al fomento de la telecomunicación española en general. Pronto cambió la situación en ambos puntos. La investigación es cara, arriesgada y produce un conocimiento pronto imitable por compañías rivales. El descubrimiento de nuevas ideas y procedimientos es la forma principal que tienen las grandes compañías con poder de mercado de mantener sus monopolios temporales, como le ha ocurrido a Microsoft primero y a Apple más tarde.

No hay que pasar por alto la atención crecientemente prestada por las autoridades de defensa de la competencia a la innovación. Un funcionario del Departamento de Justicia de EE UU ha dicho no hace mucho que «por importante que sea la competencia en precios para nosotros, una segunda y quizá mayor preocupación es mantener la competencia por la innovación»¹².

Es acalorada la discusión del derecho de propiedad sobre las ideas y en especial lo conveniente o inconveniente del *copyright* y las patentes. Son muchos los estudiosos que proponen que se defienda con menos rigor la propiedad privada de las ideas que la de los recursos físicos y financieros. Es ésta una distinción que ya aparece en la Constitución de los EE UU (1787). Reza la sección octava del artículo primero sobre los poderes del Congreso: «Promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores e inventores por tiempos limitados el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». Nótese que dice «por tiempos limitados», lo que ya supone un menor derecho de exclusión contra terceros que el de la propiedad privada general. En efecto, son muchos los autores que sostienen que deberían derogarse las leyes de protección de la propiedad intelectual y de patentes. En la actualidad, es sabido que la mayor parte de las demandas por infracción de patentes la presentan compañías cuya sola actividad es la de pedir indemnización por patentes que no utilizan para nada. El punto en el que la oposición entre el fomento de la competencia y la defensa de la propiedad intelectual se plantean más agudamente es el de la negativa unilateral de licenciar a un rival un procedimiento exclusivo propio.

La relación entre monopolio e investigación está sin resolver, pero en todo caso es imprudente afirmar sin más que los monopolios son una rémora para el avance del desarrollo y la investigación¹³.

¹² LÉVÊQUE (2005), pg. xvi.

¹³ Para una más amplia consideración de la cuestión del papel de la investigación en el mantenimiento de los monopolios, véase POSNER (1969), págs. 36-44.

Suspensión del derecho de propiedad

Para forzar y acelerar los resultados de la competencia, las autoridades a veces infringen gravemente los derechos de propiedad, al obligar a que sociedades con poder de mercado tengan que poner a la disposición de sus rivales los equipos o inversiones construidos o realizados con fondos propios. Esto viene ocurriendo en el campo de las telecomunicaciones e internet, en el que se impone a la compañía instaladora abrir o alquilar el uso de los cables urbanos por un alquiler tasado, como ha ocurrido con Telefónica de España; o se consigue tras largos pleitos que Microsoft abra parcialmente sus Application Programming Interfaces (APIs) a los rivales a la competencia. Nacen estas polémicas medidas de una visión estática de la competencia, cuando la dinámica del mercado suele desembocar en el descubrimiento de nuevos métodos o tecnología para erosionar situaciones ventajosas basadas en recortar a corto plazo el poder de mercado de grandes compañías, como ha ocurrido tanto en la telefonía como en Internet.

La utilización incorrecta de la fiscalidad es otra muestra de falta de respeto a los derechos de propiedad. Ya el impuesto es en sí una expropiación solo justificable por destinarse a gastos propios de la comunidad, pero el disimulo de las cargas para fines que no son los proclamados es injustificable. Haré alguna reflexión sobre la utilización incorrecta de la fijación de precios por la autoridad para otros fines que el suministro cuasi-competitivo de bienes y servicios. Una de las razones para la regulación de determinadas empresas que podrían dejarse al libre funcionamiento del mercado es el uso que de ellas hace el fisco para obtener ingresos no relacionados con la actividad regulada. Quizá haya una explicación poco halagüeña para el mantenimiento de la regulación más allá de lo necesario: en muchos países, la factura de electricidad incluye cargos fiscales y transferencias políticas sin mucha relación con el servicio fundamental.

Horror al poder de mercado

En una palabra: las autoridades tienen horror a que, tras una adquisición, una empresa con una gran cuota de mercado abuse de su nueva posición cargando precios abusivos, reduciendo la calidad de su producto o servicio, o reduciendo sus costes marginales por debajo de los medios.

Las autoridades de la competencia usan métricas falsamente precisas para medir la concentración del mercado preexistente a una fusión o adquisición. La principal de ellas es la medida por el «Índice Herfindahl-Hirshman», que tiene dos defectos: uno, que es difícil medir el mercado relevante; y otro, que pasa por alto la capacidad de evolución dinámica de ese mercado. Para definir el mercado relevante en el que juzgar si la concentración resultante será excesiva, habría que calcular las elasticidades de demanda cruzadas de los bienes o servicios que se dice lo constituyen, lo que es dificultoso. Igualmente, al dar por sentado que una gran cuota de mercado pone en peligro el bienestar de los consumidores, se pasa por alto que ello seguramente no será cierto a largo plazo.

La cuestión está en si el mercado en el que quiere realizar la fusión o adquisición es un mercado monopolístico o no. En el primer caso, repetiré que el monopolio natural no desaparece porque se lo regule; y si la autoridad obstaculiza el camino hacia el suministrador único, dará lugar a guerras de precios ruinosas y a dobles inversiones en capital fijo. Si ese mercado no es naturalmente monopolístico, poco durará la ventaja de la fusionada —a menos que goce de protección pública o su comportamiento caiga en lo prohibido por la ley contra la competencia desleal. En realidad, toda esta legislación anti-monopolio obedece a una hostilidad «contra la gran empresa más que contra los monopolistas en cuenta tales.» (Posner, 1969, 51 y ss).

Prohibición de los oligopolios

La colusión entre empresas tiene su forma más acabada en las fusiones. Cuando éstas no pueden

realizarse por razones regulatorias, aparecen los cárteles, por los que empresas ostensiblemente independientes toman acuerdos para determinar conjuntamente producciones o precios. Es comprensible que la colusión sea la bestia negra de los servicios de defensa de la competencia y ello por dos razones: en primer lugar porque su objetivo es el mayor poder de mercado de los que así se asocian; en segundo, porque su método es el secreto y el silencio. Es una tesis del presente trabajo que el poder de mercado sólo puede mantenerse si consigue elevar precios sin abrir la puerta a competidores menos eficientes y no partícipes en el cártel. Todos los argumentos aducidos hasta aquí para conjurar los temores causados por los monopolios naturales son aplicables a los cárteles. El secreto sin embargo es algo que debe prohibirse: el conocer la existencia y condiciones de los cárteles permite a los competidores existentes o potenciales ajustarse a esas condiciones en sus planes. Convendría que las autoridades de la competencia estudiaran con atención el fenómeno del cártel de la OPEC: el papel de un productor preeminente como Arabia Saudí; el modo de fijar precios y producciones; el cuidado de evitar precios demasiado altos que hagan peligrar el crecimiento económico de sus clientes; y la competencia surgida por el avance técnico del *fracking*¹⁴.

Odio la gran empresa

La investigación de IBM comenzó en 1967, el juicio comenzó en 1975 y el Departamento de Justicia se retiró del caso en 1982. Se había intentado probar que IBM construía sus ordenadores de oficina de tal manera que no fueran escalables. El declive de la compañía y su transformación en una empresa de servicios no vino de la persecución en los Tribunales, sino de la

competencia del negocio de los PCs, que la compañía dejó de lado cediéndolo a Bill Gates.

Competencia desleal

La crítica presentada de la lucha contra los monopolios y oligopolios en el apartado general anterior debe completarse con el examen de algunos actos que suelen ocurrir en las luchas de empresas por ampliar o defender su mercado y que es correcto prohibir. En España, caen bajo la Ley 3/1991, de competencia desleal. Esta ley no se ocupa tanto de la libre competencia en el mercado general como de actos hostiles de partícipes singulares en la vida mercantil, en cuanto puedan afectar individualmente a empresas o individuos del mismo. Alguno de sus extremos se había tratado en las Leyes de Marcas (Ley 32/1988) y General de Publicidad (Ley 34/1988). Pero aquí se trataba de proteger el juego limpio y transparente de la competencia «en interés de todos los que participan en el mercado».

El detalle de esta disposición no toca directamente el tema que nos ocupa, excepto en tres puntos. Las otras cuestiones, como la prohibición y castigo de actos contrarios a la buena fe, el engaño en la presentación de productos y servicios, la entrega de obsequios, primas y sobornos para conseguir contratos, la imitación de la publicidad, o la explotación de la reputación ajena, son parte esencial de la creación de confianza entre los partícipes de la actividad mercantil y la clientela general.

Cosa distinta es la equiparación de la publicidad denigratoria con la comparativa. Naturalmente que las imputaciones falsas y denigratorias deben estar prohibidas en un mercado competitivo, pues reduce o adultera la información transmitida por la publicidad. Ésta no es ni puede ser objetiva, pues se dirige a los sentimientos tanto como a la razón de los posibles clientes. Pero no se entiende el porqué de prohibir la comparación de los productos propios con los ajenos, mientras las afirmaciones vertidas puedan sostenerse ante los tribunales.

¹⁴ No son muy abundantes los trabajos empíricos sobre los efectos de las infracciones de la competencia en la vida práctica de las empresas. Un ejemplo interesante es el estudio de STIGLER (1964) sobre el funcionamiento de los cárteles y las rebajas secretas de precios por los miembros más pequeños de esos acuerdos.

Lo mismo cabe decir de la venta a pérdida. Toca esta prohibición a la disputada cuestión de la política predatoria de una compañía con poder de mercado contra otra bajando sus precios de venta por debajo de sus costes medios. Es muy probable que el coste de la predación sea mucho mayor para el predador que para la posible víctima¹⁵.

La regulación como obstáculo de la libre competencia

Los propios argumentos presentados para no privatizar y liberar del todo la industria del gas y de la electricidad en muchos países, entre otros, España, son los que se elevaron contra la privatización y liberación de otros sectores, como las telecomunicaciones y el transporte aéreo. La electricidad y el gas son «necesarios», mas también lo eran el teléfono y el avión. Sin embargo, estos dos sectores se han liberado en medida apreciable o casi completa, sin que haya ocurrido la catástrofe de suministro que se temía.

La liberación del transporte aéreo es instructiva. En los EE UU, la regulación de la nueva actividad de transporte aéreo es muy temprana, de los años 1925 y 1926. En 1938 se creó el Civil Aeronautics Board, luego Civil Aviation Administration, que podía fijar las rutas, controlar la entrada y salida del sector, y fijar mínimos de servicio, aparte de investigar accidentes y certificar pilotos y aparatos¹⁶.

La desregulación fue obra principal de Alfred Kahn, quien después de muchos intentos, consiguió la aprobación de la Airline Deregulation Act de 1978. Los argumentos de los defensores de la regulación, basados

en la seguridad en los desplazamientos, regularidad y buen servicio para los viajeros, han demostrado ser falaces. Las compañías se transformaron: primero, se inauguró el sistema de *hub and spoke*, con la aparición de aeropuertos dedicados a una compañía principal, con sus vuelos radiales; luego se permitió la quiebra de grandes transportistas, afincados en modelos sindicales antiguos; por fin han aparecido las líneas de bajo coste, que han transformado profundamente nuestro modo de viajar. En EE UU y en otras partes del mundo queda aún mucho que liberar en la aviación (espacio aéreo único en Europa, el Atlántico y EE UU...) pero si se ha hecho en la aviación, ¿por qué no intentar, *mutatis mutandis*, algo semejante en la electricidad y el gas? El ejemplo de las telecomunicaciones, con toda su insuficiencia, puede servir de inspiración.

2. Conclusiones

El fenómeno de la competencia debe estudiarse desde un punto de vista evolutivo, como lo hace Hayek. Por ello creo que el capítulo sobre «La política pública y el mercado», incluido en Hayek (1962), volumen final de *Derecho, legislación y libertad*, debería ser de lectura obligada para los funcionarios, jueces, letrados que se ocupan de la competencia¹⁷.

La parte más importante de ese capítulo es la titulada «La competencia como modo de descubrimiento». Los resultados de la competencia efectiva no deben juzgarse comparándolos con los que conseguiría «alguien que gozara de un conocimiento perfecto de todos los hechos» (III, 69). La competencia es un sistema de óptima utilización de los conocimientos dispersos entre cientos de miles de personas, pero que nadie conoce en su totalidad (III, 68). Es el interés de los individuos el que les lleva a actuar con los

¹⁵ BORK (1978), págs.144-159. Mi experiencia como presidente del Instituto de Libre Comercio (IDELCO) confirma a mi entender que la venta a pérdida suele ser parte de la legítima estrategia comercial: la ampliación de las épocas en que están permitidos los saldos y las rebajas a todo el año en la Comunidad Autónoma de Madrid ha vaciado de contenido esta prohibición sin que se haya notado ningún efecto gravemente dañino. Será interesante ver los efectos de la nueva normativa nacional de libertad de horarios comerciales de 2012 y 2014.

¹⁶ *Wikipedia*: «Airline deregulation». Accedido el 18-09-2015.

¹⁷ Únicamente disientiría de Hayek en su condena de la discriminación de precios, que él ve como una explotación injusta por parte del monopolista y yo entiendo como un método para acercar la cantidad producida al nivel de lo que sería en situación de libre competencia.

conocimientos de los que gozan y que se reflejan en los precios del mercado.

El funcionamiento de la competencia debe verse como un resultado evolutivo. No es necesario partir del supuesto de individuos plenamente informados y racionales. La competencia en una economía libre «hace necesario que los individuos actúen racionalmente para mantenerse y sobrevivir». Por eso, la competencia tiende a crear actitudes y caracteres innovadores, que no existirían en un sistema totalmente tradicional y cerrado (III, 75-77).

La competencia favorece la aparición de monopolios temporales, que hacen verdadero daño si los protege la legislación o la política pública: el problema «no es el monopolio sino los impedimentos de la competencia». (III, 83) Los cárteles no tienen que prohibirse, como tampoco los monopolios; únicamente habría que declarar inválidos y no exigibles en Derecho todos los acuerdos de restricción del comercio, incluidos los sindicales. En suma, mejor es liberar la competencia que intentar hacerla perfecta.

La caducidad de los monopolios en un sistema capitalista

Para emitir un juicio sobre la posible tendencia inevitable de las economías capitalistas hacia el monopolio o el oligopolio hay que recordar los caminos por los que la competencia se abre paso en las economías actuales. El mecanismo es sorprendente. Es cierto que los especuladores y los empresarios buscan a toda costa crearse espacios de exclusividad para obtener beneficios extraordinarios. Se desviven por crear monopolios temporales y así retrasar los efectos de la libre competencia. Pero ese mismo intento conduce a la economía hacia situaciones de mayor competencia, socavando los monopolios temporales que hayan podido erigir. Insistamos en ese hecho sorprendente: podría parecer que ese afán por escapar de las consecuencias de la competencia es destructivo del bienestar, pero no es así.

Quienes realizan operaciones de arbitraje (mal llamadas «especulativas» en un mercado, comprando barato para vender caro, quienes hacen acopio de bienes o de fondos líquidos para conseguir beneficios extraordinarios, empujan sin buscarlo los precios hacia el punto que refleja las realidades del mercado. Sus beneficios van achicándose por sus propios esfuerzos de conseguirlos mayores.

Igualmente, los empresarios que innovan tecnologías, inventan productos, patentan procedimientos o anuncian marcas, todo para sobreponerse a la rivalidad de otras empresas, verán que los beneficios cuasi-monopolísticos así conseguidos son temporales, empujando a la sociedad entera por la senda del crecimiento, sin buscarlo.

El mecanismo operativo de la competencia levanta resistencias. Los intentos de conseguir precios más favorables diferenciando productos crean una rivalidad entre competidores que lleva a la igualación de prestaciones y precios y acaban convirtiendo los bienes y servicios en *commodities*. El propio crecimiento económico así alcanzado trae consigo lo que Schumpeter llamó «la destrucción creadora», el progreso a través de la eliminación de quienes quedan obsoletos.

La tentación es pedir al Estado que intervenga para proteger esos monopolios temporales y salve las empresas desplazadas en el proceso de crecimiento. Éste lo hace de muchas maneras, pero muy principalmente por medio del antitrust. Así se suspenden los buenos efectos de la competencia, por los que los consumidores se benefician de la reducción de precios y de la homogeneidad de los productos y el desarrollo se extiende y aviva por el impulso creador de empresarios dinámicos. De esta forma, la competencia adquiere una dimensión de cooperación social, pues impulsa a la superación personal y empresarial de los rivales. En el largo plazo, esta competencia no necesita el apoyo de instituciones públicas, cuyo entusiasmo por el libre mercado es a la postre bastante tibio.

Referencias bibliográficas

[1] ADAMS, J. (1780). art. XXX del «Bill of Rights» de la Constitución de Massachusetts.

[2] BORK, R. H. (1978). «Injury to Competition: the Law's Basic Theories», en *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself*. Cap. 7. Free Press, NY. Constitución de los EE UU (1787). Muchas ediciones.

[3] HAYEK, F. VON (1968). «La competencia como un procedimiento de descubrimiento», *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Routledge, Londres, 1978.

[4] HAYEK, F. VON (1982). *Law, Legislation and Liberty*. Primera edición en rústica en un volumen. Routledge & Kegan Paul. Traducido al español, Unión Editorial, 2006.

[5] HIGH, J. (ed.) (2001). *Competition*. Edward Elgar, Colección *Critical Ideas in Economics*. Cheltenham (2001).

[6] KIRZNER, I. (1973). *Competition and Entrepreneurship*. University of Chicago Press. Traducido al español. Unión Editorial, 1975.

[7] KLEIT, A. (ed.) (2005). *Antitrust and Competition*. Edward Elgar.

[8] LÉVÊQUE, F. y SHELANSKI, H. (2005). Introducción de *Antitrust, Patents and Copyright. EU and US Perspectives*. Edward Elgar.

[9] MISES, L. (1966). *Human Action*, 3rd edition revised. Traducción al español de Joaquín Reig Albiol: *La acción humana*. Unión Editorial, 1980.

[10] MARX, K. y ENGELS, F. (1848). *Manifiesto comunista*. Muchas ediciones.

[11] PORTER, M. (1980). «The Structural Analysis of Industries», *Competitive Strategy*, cap. 1. The Free Press, New York. Reproducido en High (2001), págs. 393-423.

[12] POSNER, R. A. (1969). *Natural Monopoly and its Regulation*. 30th anniversary edition. CATO Institute, Washington 1999.

[13] ROCKEFELLER, E. S. (2007). *The Antitrust Religion*. Cato Institute, Washington.

[14] ROMER, P. (1990). «Endogenous Technological Change», *Journal of Political Economy*, vol. 98, nº 5, 2ª parte, pgs. S71-S102.

[15] SCHUMPETER, J. A. (1943). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Allen & Unwin. Traducción al español, Aguilar, 1961.

[16] SCHWARTZ, P. (1982). «Segundo óptimo y economía de bienestar. Algunas soluciones parciales», *Moneda y Crédito*, nº 162 (septiembre).

[17] SMITH, A. (1776). *Investigaciones sobre la riqueza de las naciones*. Varias ediciones.

[18] STIGLER, G. J. (1957). «Perfect Competition, Historically Contemplated». *Journal of Political Economy*, LXV, 1 (Febrero).

[19] STIGLER, G. J. (1964). «A Theory of Oligopoly», en *Journal of Political Economy*, LXXX, 1 (Febrero). Reimpreso en Kleit (2005).