

La competencia

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ

Alianza, Madrid 176 págs. 9,24 €

Competencia: ¿qué se defiende?, ¿a quién se defiende?

Luis M. Linde

1 febrero, 2002

Cualquier lector de periódicos sabe que Microsoft, la primera empresa del mundo de *software*, ha mantenido, durante más de tres años, una guerra legal con la administración y con la justicia norteamericanas, que, en algún momento, han pretendido, incluso, su fragmentación, para poner fin a lo que se ha considerado una inaceptable posición de dominio en el mercado. También sabe que hay una pelea bastante dura entre las autoridades norteamericanas y la Comisión Europea a propósito del veto de esta última a la fusión entre Honeywell y General Electric, una fusión que ya había sido aprobada por los norteamericanos. Sabe que la liberalización del mercado eléctrico en California ha tenido, al menos inicialmente, un resultado desastroso --se ha llegado a la casi inconcebible situación de falta de suministro eléctrico en el estado más rico de los Estados Unidos--; y que en 2001 quebró Railtrack, la empresa propietaria, desde la privatización, en 1996, de la infraestructura ferroviaria del Reino Unido (40.000 kilómetros de vías y 2.500 estaciones).

Si el lector de periódicos es español, sabe que la frustrada fusión entre Endesa e Iberdrola ha planteado un serio dilema a nuestras autoridades, que optaron, finalmente, por impedir la formación

de un generador y distribuidor eléctrico demasiado poderoso, a pesar de los argumentos que podían esgrimirse en favor de la fusión; y también sabe los problemas que el gobierno ha tenido que enfrentar en relación con las inversiones en España del monopolio eléctrico francés EDF, o de la portuguesa EDP, mientras no se cumplieran una serie de condiciones relativas a la privatización y acceso a los mercados respectivos.

El trabajo de las administraciones económicas de los países avanzados, ha cambiado bastante durante las últimas tres décadas. En ningún país de nuestro entorno quedan ya controles de cambios, ni de precios, ni controles directos de créditos, ni de tipos de interés; la liberalización del comercio exterior ha avanzado bastante en todo el mundo –en algunas áreas, como la Unión Europea, es total– y los sectores públicos o nacionalizados, sin llegar a desaparecer, han adelgazado notablemente. Hoy en día es muy importante la supervisión de las entidades de crédito y de los mercados de capitales, algo que tenía modesta entidad hace treinta años; han aparecido controles en sectores de nuevas tecnologías, como telecomunicaciones, y también en sectores tradicionales –por ejemplo, en la producción de alimentos o medicinas– donde hay ahora una sensibilidad política que no existía antes.

Pero, sin duda, donde se ha dado un cambio más espectacular ha sido en la *defensa de la competencia*. Todos los partidos, los sindicatos y muy diferentes organizaciones sociales están de acuerdo en que los poderes públicos deben intervenir para asegurar la defensa de la competencia, convertida en un *valor primordial* para la política económica¹. En España, después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1986, en la que se decía que la defensa de la competencia sirve al objetivo constitucional de «defensa de la libertad de empresa» y que, en esa actuación, «el Estado se configura como un contrapoder al servicio de la libertad de mercado»², aquella ha recibido bendición constitucional, algo así como el mejor título posible de legitimidad política.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS...

La política de defensa de la competencia nació en Estados Unidos, hace ya más de un siglo, con la Interstate Commerce Act, de 1887, y la Sherman Antitrust Act, de 1890, que declaró ilegal cualquier «contrato, acuerdo [...] o conspiración para restringir el comercio entre diferentes Estados o con naciones extranjeras»³. La Sherman Act se completó con otras leyes, en particular, la Clayton Antitrust Act, de 1914, que, además de recoger diversas adiciones y aclaraciones a la Sherman Act, prohibió las fusiones y adquisiciones que pudieran disminuir sustancialmente la competencia, o tender a crear monopolios; y con la creación de la Federal Trade Commission, la agencia encargada de aplicar la legislación de la competencia y perseguir a los infractores ante los tribunales. La política de defensa de la competencia en los Estados Unidos, que ha inspirado a todas las demás tiene, así, pues, una historia más que centenaria. Pero no es una historia lineal, no siempre su interés se ha orientado exactamente en la misma dirección.

En los años que siguieron a la Gran Depresión, la política antitrust atravesó por una especie de «desvanecimiento», que se materializó en una serie de leyes, la más importante de las cuales fue la National Industrial Recovery Act (1933), que trataban de impulsar la reconstrucción de la economía norteamericana, abriendo amplias posibilidades a los acuerdos entre empresas, a la cartelización y a diversas regulaciones de la producción y del comercio (una parte de esas leyes fue declarada

anticonstitucional no mucho después). Después de la segunda guerra mundial, en los años sesenta, el interés pareció desplazarse hacia la defensa de las empresas pequeñas frente a las grandes, mientras que en los ochenta, con el presidente Reagan y las administraciones republicanas, se interesó más por los efectos de las fusiones y de la actividad de las grandes corporaciones sobre los consumidores. En todo caso, desde el fin de la segunda guerra mundial, las autoridades norteamericanas han asumido una concepción básicamente económica de la política antitrust: su justificación última viene siendo lograr «el uso eficiente de los recursos»⁴.

Desde su nacimiento, la política antitrust norteamericana ha dudado entre dos posibles enfoques acerca de cuáles son sus deberes: enfrentarse a cualquier situación que signifique –o así se entienda– la existencia de una excesiva concentración de poder en una empresa o en grupo de empresas, independientemente de los juicios o previsiones que puedan hacerse en torno a las consecuencias finales para la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores de esa concentración de poder (una filosofía del problema que se resume en la jerga por referencia al llamado «principio *per se*»); o bien, la aplicación del principio que se conoce como «la regla de la razón», según el cual hay acuerdos que aparentemente restringen la competencia, dando un poder excesivo o aparentemente inadecuado a una empresa o grupo de empresas que, sin embargo, no deben ser rechazados, debido a que sus efectos pueden ser finalmente beneficiosos para los consumidores.

En sus famosas conferencias de 1981⁵ sobre el modelo de competencia perfecta, Harold Demsetz resumía así el dilema entre estos dos enfoques: «La ambigüedad y la vacilación que han marcado la experiencia antimonopolio de los Estados Unidos reflejan el conflicto entre una interpretación que considera la política antimonopolio como una política contra todo poder de fijación de precios y una interpretación que sólo exige a las autoridades antimonopolio que fomenten el bienestar del consumidor»⁶. Pero, puede advertirse que ese adverbio, «sólo», no significa una política más sencilla de aplicar, o menos intervencionista, sino, frecuentemente, una política más compleja y más intervencionista.

... Y EN EUROPA

En Europa, la política de defensa de la competencia nace después de la segunda guerra mundial, bajo el impulso norteamericano y de la aplicación del Plan Marshall. En algunos casos, como el alemán y, de forma distinta, el español, bajo algo más que una mera inspiración técnica o ideológica⁷.

El Mercado Común Europeo, nacido en 1957, hizo suyos los principios de la política alemana, que reflejaban, además de la influencia norteamericana, la reacción frente a la historia de las grandes corporaciones industriales, que habían apoyado al nazismo y la política de agresión hitleriana. Inicialmente, con los Reglamentos de 1962 y 1967, la Comisión Europea se ocupó de la vigilancia de los acuerdos entre empresas; en los años setenta, amplió su interés a la vigilancia de los llamados «abusos de posición dominante»; después, a partir de los ochenta, ha llevado sus preocupaciones hacia el control de las concentraciones (fusiones y adquisiciones) y las ayudas de Estado, que han pasado a ser un elemento fundamental del problema⁸.

De forma que, aunque se llamen igual, podemos darnos cuenta de que la «política de defensa de la

competencia» no es lo mismo en Estados Unidos y en Europa. Sus orígenes históricos, sus intenciones políticas y las prácticas administrativas y judiciales a través de las cuales se aplica y desarrolla han sido distintas.

El presidente de la Federal Trade Commission declaraba no hace mucho, ante el Congreso de los Estados Unidos, que el principio que inspira la defensa de la competencia en los Estados Unidos es impedir la existencia de un «poder excesivo» en el mercado por parte de cualquier participante, a fin de incrementar el bienestar de los consumidores, y que para alcanzar este objetivo, la defensa de la competencia es una vía más eficiente y políticamente preferible a intervenciones y regulaciones que trataran de conseguir lo mismo. La política antitrust se define, así, como «la antítesis de la regulación gubernamental [...] y la más preeminente defensora de la libertad económica contra la concentración de poder en el sector privado»⁹. No parece que una definición como esta –política antitrust como la «antítesis de la regulación gubernamental»– estuviera en el origen de la defensa de la competencia en Europa después de la segunda guerra mundial, y es dudoso que, aun hoy, sea aplicable al caso europeo.

Aparte de definiciones, existen, además, diferencias importantes entre la práctica norteamericana y la europea: mientras que en Estados Unidos la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia se limitan a denunciar ante los tribunales ordinarios las infracciones a las leyes que protegen la competencia, y son éstos, en todo caso, en las diferentes instancias, los encargados de sancionar esas infracciones, en Europa son servicios de naturaleza administrativa –aunque se llamen «Tribunales», como en el caso de España– los encargados de sancionar las conductas contra la competencia, aunque esas sanciones sean recurribles ante, y revisables por la Administración de Justicia, todo lo cual es un reflejo del diferente origen de la política de competencia a ambos lados del Atlántico y de la mayor carga ideológica que la cuestión tiene en Estados Unidos en comparación con Europa.

Pero, esto no quiere decir que en Estados Unidos y en Europa los responsables de la competencia no se hayan visto enfrentados a dilemas similares y, en particular, el dilema central que señalaba Demsetz en 1981¹⁰: cómo distinguir entre aquella «defensa de la competencia» en la que se pretende que el beneficiario sea exclusivamente el consumidor, y aquella que resulta, en realidad, en la «protección de los competidores». Confundir ambas es un «error» en el que, según señalaba también Demsetz, las autoridades norteamericanas han caído frecuentemente; y este ha sido uno de los reproches lanzados desde Estados Unidos contra la Comisión Europea.

UN ENFOQUE SOCIAL-LIBERAL

La competencia, de Miguel Ángel Fernández Ordóñez¹¹, aparecido a finales del año 2000, viene a ser la continuación, ampliada y mejorada, de numerosos artículos de prensa y de, por lo menos, dos trabajos anteriores publicados por el autor, o bajo su inspiración¹². Uno de ellos, el que llevaba el largo título, de resonancias ilustradas, «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios» fue, a comienzo de los años noventa, punto de partida de un renovado interés de la opinión pública y de los políticos españoles en la cuestión.

Antes de nada, conviene señalar lo que este libro tiene de bueno. Primero, está excelentemente escrito, y escrito con lógica, lo que le hace ser claro y fácil de leer, a pesar de que su contenido es, realmente, bastante denso. En segundo lugar, ofrece una adecuada visión del conjunto de problemas que se entrelazan cuando hablamos de «defensa de la competencia»; tercero, no tiene ni un gramo de dogmatismo, pretenciosidad académica, ni sesgo político no explícito. *La competencia* es un libro basado en el análisis económico y, a la vez, preocupado por el significado político de las decisiones administrativas. Es, así, una *rara avis* en nuestra bibliografía sobre la materia, que, aparte de muy escasa, está, sin duda, muy vencida del lado jurídico.

Como señala Fernández Ordóñez, es fundamental clarificar la diferencia entre privatizar, desregular, liberalizar, de un lado y, de otro, *defender la competencia*. Una parte sustancial, en contenido y extensión, del libro está dedicada, precisamente, a mostrar que aunque ambas cuestiones están, obviamente, muy relacionadas, plantean problemas técnicos y políticos distintos. Y, también, dificultades de orden diferente.

Privatizar, liberalizar, desregular, son actuaciones económico-políticas que tienen un común denominador: se eliminan obstáculos a la actividad de los agentes económicos privados. Cuando se liberaliza o privatiza se está, casi por definición, estimulando la competencia y, se supone, creando las condiciones para un uso más eficiente de los recursos y una mayor satisfacción de los consumidores. Aunque hay muchos ejemplos en los que tales políticas han dado esos resultados, hay también casos en los que la desregulación o privatización ha resultado menos exitosa de lo que se esperaba y ejemplos de lo problemático que es crear lo que se ha denominado «mercados de diseño»¹³, construcciones un tanto artificiales que se imponen, mediante decisiones administrativas, para forzar la existencia de competencia entre empresas privadas en sectores sometidos anteriormente a situaciones monopolísticas o de regulación oligopolística.

Pero la defensa de la competencia es algo muy diferente y aún más complicado que liberalizar o privatizar: «Las actuaciones en defensa de la competencia son actuaciones intervencionistas, en el sentido en el que el Estado limita la libertad de los agentes y les obliga a adoptar determinadas conductas [...] son, pues, todo lo opuesto a las políticas de liberalización, donde el Estado se retira, deja de intervenir, deja de poner trabas o prescribir conductas [...]»¹⁴. En efecto, ya no se trata de eliminar restricciones o prohibiciones, sino de imponer lo que los encargados de estas cuestiones, en la Administración y en la política, entienden mejor para *defender la competencia*. El problema se plantea cuando hay que decidir si se permite o se impide una fusión entre grandes eléctricas (como en España, entre Endesa e Iberdrola), cuando se plantea la conveniencia, o no, de despiezar un gigante tecnológico y económico como Microsoft; o cuando hay que aceptar o rechazar fusiones de empresas que, incluso, pertenecen a ámbitos estatales distintos al del regulador que tiene que pronunciarse, debido a las consecuencias «globales» de esas fusiones (como en el caso del veto europeo a la fusión General ElectricHoneywell)¹⁵.

Por consiguiente, no se trata sólo de la vacilación y de la ambigüedad, que señalaba Demsetz, entre dar prioridad a la defensa del consumidor o darla al ataque a las posiciones de dominio en el mercado, aunque no sepamos o no estemos seguros de cuáles van a ser las consecuencias para los consumidores de ese ataque. En un árbol de decisiones sometidas a tanta incertidumbre, la rama que

parece más segura en cuanto a sus consecuencias es aquella a lo largo de la cual se persiguen y sancionan las posiciones de dominio por el mero hecho de que aumentan el poder de unas firmas a costa de otras, sin que el razonamiento pueda ir, honradamente, mucho más allá de eso.

Esto no quiere decir que no haya existido, desde hace ya muchos años, un esfuerzo de los economistas y de los expertos antitrust para hacer más objetivos y cuantificar, en la medida de lo posible, sus análisis y sus decisiones. Ha habido una acuñación de conceptos –es lo menos que podía esperarse tras un siglo de experiencia– que ha ayudado a entender lo que se pretende: los términos *concentración*, *posición de dominio*, fusiones o acuerdos *horizontales* o *verticales*, *discriminación de precios* entre otros, tienen significados codificados, bastante precisos¹⁶. Además, se han construido índices para evaluar el grado de concentración en un sector o industria; medidas para evaluar el poder en el mercado de una empresa o de un grupo de empresas; modelos para tratar de prever la conducta de las empresas oligopolísticas y medidas para evaluar la facilidad o dificultad de acceso a los mercados¹⁷.

En definitiva, los economistas se han esforzado, pero los resultados, sin ser despreciables, son poco potentes para iluminarnos sobre las consecuencias de las decisiones en defensa de la competencia. Por ello, lo más sencillo para gobiernos democráticos, sometidos a presiones políticas y mediáticas, es, casi siempre, impedir concentraciones de poder, confiando en que, al menos a largo plazo, el interés de los consumidores coincidirá con el interés político, que se suele resumir en impedir posiciones de dominio y perjuicios demasiado fuertes o evidentes a los competidores. Y aunque los responsables de la política de defensa de la competencia no lo quieran reconocer, se suele hacer lo más sencillo: se defiende a los competidores con, al menos, tanta frecuencia como a la *competencia* –que es, finalmente, algo bastante abstracto– o a los consumidores, cuya satisfacción futura no tiene fácil traducción política en el presente.

Para ilustrar lo anterior, volvamos al caso de Microsoft, o al de General Electric-Honeywell. En cuanto a Microsoft, el arreglo alcanzado entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la empresa (noviembre 2001) debe entenderse, parece bastante claro, como un triunfo de Microsoft, porque deja en muy poco el intento de acabar o limitar severamente su supuesto «poder monopolístico». La Administración parece haber cambiado sustancialmente su comprensión del problema y entendido de forma diferente el interés de los consumidores: ahora se estima, al parecer, que están mucho más cerca de los intereses de Microsoft que hace tres años.

El caso General Electric-Honeywell es una de las mayores «peleas» que se recuerdan entre las autoridades norteamericanas y europeas en materia de defensa de la competencia. En esencia, la justificación de la Comisión Europea para vetar la fusión ha sido la sospecha de que la nueva empresa fusionada utilizaría su poder en el mercado de arriendo financiero de aviones (donde la posición dominante es de General Electric) para favorecer la instalación de equipos Honeywell en los aviones; esto es lo que los especialistas en defensa de la competencia llaman «el efecto portfolio» o «cartera», según el cual cuando una empresa suministra un amplísimo conjunto de bienes o servicios, puede usar su posición dominante en una industria para ganar cuota de mercado en otra. Para los norteamericanos, esta teoría, que también ellos abrazaron en el pasado, no se sostiene desde el punto de vista de la protección de la eficiencia y de los intereses del consumidor. Las autoridades

norteamericanas han manifestado abiertamente su desacuerdo con los europeos y su convencimiento de que la Comisión está cometiendo un grave error: «Vemos esta teoría [la que motiva la decisión de la UE] contraria a los intereses de los consumidores y proteccionista de los competidores, independientemente de su origen nacional. Las autoridades antitrust se colocan en la perversa y peligrosa posición de ser ellas las que deciden quiénes son los ganadores y quiénes los perdedores, determinando, así, lo que debería resultar de las fuerzas del mercado»¹⁸.

UN TERRITORIO ABIERTO Y NEBLINOSO

El paisaje al que se asoma la política de defensa de la competencia es, como lo prueba la experiencia, muy abierto y muy neblinoso. Para intentar orientarnos, podemos señalar algunos de sus accidentes más importantes.

1. *El mercado relevante*. La «defensa de la competencia» pretende evitar lo que en terminología ya clásica se denomina «abuso de posición dominante». Pero, ¿en qué ámbito? Esta es, de todas las preguntas que podemos hacernos, la pregunta clave. ¿Cuál es el mercado en el que queremos asegurar la competencia? En mercados nacionales más o menos aislados, con escasa conexión más allá de fronteras estatales bien definidas, la determinación del mercado relevante no plantea muchas dificultades. Si una mercancía, o un servicio, no se puede llevar, o prestar, desde otros mercados a aquel en el que actúa la empresa o empresas cuya actividad estamos estudiando, esa limitación determina el mercado relevante.

Pero, ¿cuál es el mercado relevante para una empresa situada en la Unión Europea, que compite directamente con empresas japonesas o norteamericanas en condiciones de casi libre comercio y con productos o servicios homogéneos y sustitutivos? Aunque hay algunas reglas bastante obvias –los mercados relevantes en el sector servicios son más pequeños que en el sector de bienes físicos, que pueden transportarse y comercializarse lejos de sus lugares de producción– hay muchos otros factores a tener en cuenta, y el casuismo es inevitable.

En definitiva, no puede haber una política de defensa de la competencia que trate de combinar equilibrios políticos, eficiencia económica y bienestar de los consumidores sin una definición racional del mercado relevante en cada caso; y esto puede ser más difícil de lo que se piensa.

2. *Defensa de la competencia y riesgo regulatorio*. El acrecentado interés de los políticos, de las administraciones y de la opinión pública en la defensa de la competencia y la aparición y consolidación de diferentes niveles administrativos han aumentado estos riesgos, que son de varios tipos y pueden ser diferentes en diferentes ámbitos políticos, como Europa y Estados Unidos. En la Unión Europea se dan, en este momento, dos niveles de intervención administrativa: el de la Comisión y el de las autoridades nacionales, que juegan todavía un papel muy importante. En algunos países de la Unión Europea –por ejemplo, en Alemania y en España– existen, además, Administraciones de nivel inferior al estatal –como las de los *landers*, en Alemania, o las comunidades autónomas, en España– que pueden también tener competencias, aún limitadas, en la materia.

Pero, el riesgo regulatorio no viene sólo de esta superposición de cirujanos actuando sobre el mismo enfermo –real o supuesto–. Viene también del reforzamiento de poderes policiales y casi judiciales

que, por ejemplo, en Europa, la Comisión va a tratar de obtener, poderes con los que los organismos encargados de velar por la competencia acentuarán su papel de, simultáneamente, policías, fiscales y, al menos en primera instancia, jueces.

El riesgo regulatorio es el resultado de este cóctel de capacidades administrativas solapadas, enfrentamientos entre las diversas Administraciones, defendiendo con frecuencia puntos de vista distintos y, a veces, meramente, su «lugar bajo el sol», y poderes incrementados, de tipo policial y cuasi judicial, de los funcionarios encargados de estos asuntos. Sería muy ingenuo pensar que va a haber siempre una buena coordinación entre esas diferentes Administraciones; que los funcionarios no van a trabajar teniendo en cuenta, en primer lugar, la «defensa de su territorio»; y que esos poderes policiales y judiciales tan amplios van a ser usados siempre con prudencia. Es evidente, además, que el campo de juego para los agentes de influencia y la corrupción se puede estar ampliando notablemente.

3. *Nacionalismo y cooperación internacional.* En una economía internacional repleta de conexiones –lo que se llama «globalización»– resulta cada vez más difícil, en muchos casos importantes, considerar que la defensa de la competencia es un problema o una tarea de estados nacionales, que puede plantearse y ejecutarse en el ámbito político de esos estados, porque en muchos casos los acuerdos entre empresas extienden sus efectos más allá de las fronteras políticas de un Estado determinado. Y esto plantea la cuestión de la relación entre las diferentes autoridades, para empezar, la relación entre las autoridades norteamericanas y las de la Unión Europea. El cruce de acusaciones de «nacionalismo» no es infrecuente. La Comisión ha acusado de nacionalismo a varias autoridades nacionales de países miembros de la Unión: por ejemplo, España e Italia han sido objeto de acusaciones en ese sentido, a partir de la prohibición de entrada en sus sectores eléctricos privatizados del monopolio estatal francés (EDF).

Pero, acusaciones aparte, el problema que se plantea a la política de defensa de la competencia en este marco de creciente integración económica internacional, es conseguir una cooperación eficiente entre las autoridades que se ocupan de la materia en los diferentes países. Esta es una cuestión que ha empezado a ser objeto de debate y de acuerdos internacionales sólo en el último decenio, y admite diferentes enfoques. Sea como sea, resulta evidente que la defensa de la competencia rebasa en muchos casos las fronteras nacionales y que los actuales sistemas administrativos y judiciales no están preparados –o apenas lo están– para hacer frente a esta situación¹⁹.

CONCLUSIÓN: LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SUS RIESGOS

Suponiendo que hemos evitado –y es bastante suponer– estos tres riesgos –equivocarse al fijar el mercado relevante, no controlar el riesgo regulatorio y no superar o no evitar las tentaciones nacionalistas–, el problema fundamental puede expresarse en pocas palabras: si se interviene para impedir una fusión entre empresas, o la adquisición de una empresa por otra, o se obliga a una empresa a fragmentarse en varias, o se obliga a una empresa a vender parte de sus activos y reducir su capacidad de producción de un bien o suministro de un servicio, siempre que se tomen esta clase de decisiones, ¿cómo calcular su resultado final para los consumidores? ¿Cómo estar razonablemente seguros de que el efecto de estas decisiones será, a largo plazo, mejor para el bienestar en general,

para el aumento de la renta y de los equilibrios políticos de un país que la decisión contraria, es decir, no hacer nada y dejar que el mercado resuelva? Este no es, obviamente, más que otro episodio del enfrentamiento, anclado en la cultura occidental desde el siglo XVIII, entre ingeniería social, intervencionismo del Estado y constructivismo *versus* liberalización, rechazo de la ingeniería social y confianza en las fuerzas espontáneas de la sociedad y del mercado.

A primera vista, las políticas de liberalización que se han aplicado un poco en todas partes durante los últimos dos decenios, y que se intensificaron notablemente con el hundimiento del «socialismo real», han supuesto un triunfo «liberal». Pero, si juzgamos, para seguir a nuestro tema, por la agresividad del intervencionismo de los funcionarios y de los políticos en la *defensa de la competencia*, cabrían algunas dudas sobre lo ocurrido y ese supuesto triunfo.

En *La competencia*, Fernández Ordóñez señala, desde su posición política, que podríamos llamar, quizá, «social-liberal», sus dudas acerca de la oportunidad y la eficacia de una política muy agresiva de defensa de la competencia. «Diversos estudios muestran que [...] muchas decisiones que se han tomado aplicando el derecho de defensa de la competencia, han sido erróneas desde el punto de vista económico, esto es, que habría sido más favorable para la eficiencia y para los consumidores que no se hubiera hecho nada»²⁰. Y más adelante señala: «La competencia no es un concepto claro. Es un concepto borroso y cambiante y, quizá por ello, incluso en los países continentales europeos se trata de un derecho donde la interpretación jurisprudencial cobra un valor por encima de lo normal»²¹.

Más adelante, señala dos principios que servirían para aliviar o impedir los excesos de una legislación que ampara una política agresiva de defensa de la competencia: primero, las actuaciones públicas deben limitarse a asuntos de gran importancia: «Se debe intervenir sólo donde las barreras de entrada a los competidores son altas y allí donde las posibilidades de sustitución de los productos o servicios son bajas»²²; segundo, respecto a cómo se organiza la administración que debe velar por la defensa de la competencia, «la clave es asegurar la independencia de los órganos que la apliquen. Dado que esta política tiene un alto contenido de intervención y de limitación a la libertad de empresa, no se debe dejar en manos de órganos políticos la decisión final»²³. Aunque el segundo de estos principios plantea más problemas que el primero, ambos pueden servir para orientar una política de defensa de la competencia que sea prudente y evite, en lo posible, el activismo que es más rentable para el político o el funcionario que para el ciudadano: seguramente, esto es lo máximo que podemos pedir en nuestro actual marco político.

¹. Uno de los acuerdos alcanzados tras el último debate del estado de la nación (junio 2001) fue, precisamente, reforzar el aparato administrativo que desempeña estas funciones en España, incluyendo la conversión del Tribunal de Defensa de la Competencia en un organismo autónomo, dotado de independencia funcional y de más medios económicos. En la UE, hay un proyecto de Reglamento incrementando los poderes policíacos y sancionadores de la Comisión en la materia.

². La sentencia está recogida y comentada en «Secretaría General del Congreso de los Diputados, Competencia, Documentación preparada para los proyectos de Ley: De defensa de la competencia, febrero de 1989, págs. 140 y 141».

- ³. El primer caso en el que se aplicó la Sherman Act fue el de la American Sugar Refining Company, que había conseguido el control casi total de la producción de azúcar refinado en Estados Unidos. En 1898, la Sherman Act se aplicó por primera vez contra un acuerdo sobre precios suscrito entre productores de tuberías de acero (el caso Addyston Pipe and Steel Co.) en el que el juez Taft, más tarde presidente de los Estados Unidos, elaboró una famosa sentencia, uno de los textos fundacionales –en sentido legal y también ideológico– de la política antitrust en Estados Unidos. En 1911, en aplicación de la Sherman Act, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio un paso histórico al ordenar la fragmentación de la Standard Oil Company y de American Tobacco. Ver: W. Kip Viscusi, John M. Vernon y J. E. Harrington, «*Economics of Regulation and Antitrust*», MIT Press, 1995, págs. 125 y siguientes.
- ⁴. Michael Wise, «*The Role of Competition Policy in Regulatory Reform*». Review of United States Competition Law and Policy», OCDE, 1998, págs. 4 y siguientes.
- ⁵. H. Demsetz, *La competencia, aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Alianza Universidad, 1986, traducción española de *Economic, legal, and political dimensions of competition*, Amsterdam-Oxford-North Holland, 1982.
- ⁶. H. Demsetz, pág. 56 (se cita por la edición española).
- ⁷. Los convenios militares y económicos suscritos entre España y Estados Unidos en 1953 incluían el compromiso del gobierno español de «desalentar las prácticas y arreglos comerciales que sirvieran para restringir la producción, para aumentar los precios o para obstaculizar el comercio internacional... Se alentaba al gobierno español a estimular la competencia y la productividad, facilitar y fomentar el desarrollo del comercio internacional y a reducir los obstáculos que pudieran entorpecerlo». Sin embargo, pasaron diez años antes de que este compromiso se materializase en una ley: Ángel Viñas, *Los pactos secretos de Franco con Estados Unidos*, Grijalbo, Madrid 1981, pág. 264.
- ⁸. M. Caspari, «La mise en oeuvre de la politique communautaire de la concurrence», recogido en «Secretaría General del Congreso de los Diputados», ob. cit., págs. 205-236.
- ⁹. R. Pitofsky, *Prepared Statement of the Federal Trade Commission before the Committee on the Judiciary*, U.S. House of Representatives, abril, 12, 2000.
- ¹⁰. H. Demsetz, ob. cit., pág. 57.
- ¹¹. M. A. Fernández Ordóñez, *La competencia*. Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- ¹². «Política de defensa de la competencia», *Papeles de Economía Española*, nº 56, 1993; «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios». Tribunal de Defensa de la Competencia, 1993.
- ¹³. J. L. Oller, «¿Qué luz falta en California?», *Expansión*, enero, 19, 2001.
- ¹⁴. M. A. Fernández Ordóñez, ob. cit., pág. 103.
- ¹⁵. En un artículo reciente, se decía en el *Financial Times*: «Cuando Microsoft incluye nuevas capacidades en sus programas Windows, aumenta su funcionalidad. Pero también hace más difícil para las compañías competidoras ofrecer nuevos servicios. ¿Superan las ventajas a los inconvenientes? ¿Si General Electric es la propietaria de Honeywell, usaría su posición en el mercado del arriendo financiero de aviones para incrementar las ventas de sus componentes de aviones? Y si hiciera esto, ¿los consumidores saldrían ganando o perdiendo? Decidir sobre estas cuestiones requiere un juicio muy fino y cualquiera que confíe mucho en sus respuestas es un imbécil... Y ningún economista tiene datos suficientes para estar seguro de su análisis, coste-beneficio. Pueden encontrarse analistas, hombres de negocios y abogados defendiendo los dos lados en esos casos, y diferentes órganos de decisión adoptan puntos de vista distintos. El Tribunal de Apelaciones tomó un punto de vista distinto al del juez Jackson en el asunto Microsoft y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la

Comisión Europea han llegado a conclusiones distintas en la fusión de General Electric y Honeywell». La renuncia (6-9-01) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a exigir el despiece de Microsoft ilustra la inseguridad técnica y la carga política de toda la cuestión.

¹⁶. El «Glosario» de la OCDE (1993) sobre «Economía de la Organización Industrial y las Leyes sobre la Competencia» contiene definiciones sobre 207 términos.

¹⁷. Todos estos índices y mediciones se refieren a modelos de *equilibrio parcial* (es decir, se consideran aisladamente un mercado o un grupo relacionado de mercados, porque es imposible hacer este análisis en términos de *equilibrio general*). Y, además, son análisis estáticos, con una matización respecto a los modelos de reacción de las empresas en situación de oligopolio, donde usamos un modelo que tiene algo de dinámico: qué hace una empresa a la vista de lo que hace la otra, terreno en el que somos usuarios de un modelo que inventó el economista y matemático francés Augustin Cournot (1801-1877) hace siglo y medio.

¹⁸. *Financial Times*, octubre, 15, 2001.

¹⁹. Joanna R. Shelton, «*Competition Policy: What Chance for International Rules?*», Wilton Park Conference: The Global Trade Agenda, 25 November, 1998, Wilton Park, UK.

²⁰. M. A. Fernández Ordóñez, ob. cit., pág. 105.

²¹. M. A. Fernández Ordóñez, ob.cit., pág. 114.

²². M. A. Fernández Ordóñez, ob. cit., pág. 114.

²³. M. A. Fernández Ordóñez, ob.cit., pág. 115.