

## TIEMPO DE REFORMAS

### COMPETENCIA E INCENTIVOS A LA INVERSIÓN

Hace algo más de un mes -exactamente el 13 de enero pasado- la Corte Suprema de los EEUU dictó una importante sentencia que tendrá en el futuro, a mi juicio, grandes repercusiones en materia de política de competencia, particularmente en sectores regulados. El caso en cuestión concluía un largo proceso de múltiples pleitos en los que se habían visto inmersos los antiguos monopolios de telecomunicaciones (las *Bells*) en aquel país. Las rotundas, contundentes y nada ambiguas declaraciones de la Corte Suprema en esta Sentencia hacen de ella, muy probablemente, la decisión más importante de las últimas décadas en materia de competencia. Y he de decir que en ellas me veo reivindicado, pues se trata de proposiciones que algunos venimos defendiendo desde hace ya bastante tiempo (remito al lector interesado a nuestro libro, con Lucía López de Castro García Morato, “*La competencia en sectores regulados*”, FER-Comares, 2003, 343 págs.).

Los principios que constata esta sentencia se pueden resumir así: el poder de mercado, en sí mismo, no es ni malo ni ilegal; más aún, el poder de mercado -que es la mejor prueba del éxito alcanzado por una empresa o por un producto- así como los beneficios asociados al mismo, son el motor del libre mercado; eliminar o truncar este mecanismo, forzando, como ocurría en el caso debatido, la compartición de aquellos elementos que confieren a una empresa su capacidad de diferenciación, es algo contraproducente, pues en el largo plazo elimina el motor que impulsa el mercado. Pero mejor léanlo en palabras de la Corte Suprema de los EEUU (*Verizon Communications Inc. versus Law Offices of Curtis V. Triuko, LLP*, decided January 13, 2004), que razona así: “La mera tenencia de poder de monopolio y los precios de monopolio resultantes no sólo no constituye un delito, sino que son un importante elemento del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios de monopolio -al menos en el corto plazo- es lo que atrae la perspicacia empresarial; induce la toma de riesgo, que produce innovación y crecimiento económico. Para salvaguardar el incentivo a la innovación, la detención de poder de mercado no debe ser ilegal, a no ser que esté acompañada de un elemento de *conducta anticompetitiva*” (la palabra en cursiva no la pongo yo, sino que, con inequívoco mensaje, lo hace la Corte Suprema). Y para explicar mejor su razonamiento, la sentencia sigue diciendo: “las empresas pueden conseguir poder de monopolio creando infraestructuras que les permitan proveer de manera diferenciada a consumidores. Obligar a estas empresas a compartir la fuente de esta ventaja está en contradicción con los objetivos de las leyes de competencia, dado que ello puede aminorar el incentivo para invertir en estas infraestructuras económicamente beneficiosas. La obligación de compartición exige además, de los tribunales u órganos de la competencia, que éstos ejerzan una labor de planificación central, estableciendo precios adecuados, cantidades y otros parámetros comerciales; una labor para la que no están adecuadamente preparados. Más aún, forzando la negociación entre competidores se puede facilitar el mal supremo que combate el antitrust: la colusión”. Más claro, imposible.

¿Quiere todo esto decir que el poder de monopolio nunca puede ser anticompetitivo? Evidentemente no. La decisión de la Corte Suprema deja claro que los comportamientos anticompetitivos existen, que no son legales y deben ser combatidos. Pero no hay que confundir una *conducta* ilegal, siempre apreciable *a posteriori*, con la prevención *a priori*, de un poder significativo de mercado, obtenido, no por acciones delictivas, sino por una apuesta acertada en un mercado concreto. Ello no quiere decir tampoco que la sociedad esté condenada a pagar precios de monopolio. En modo alguno. De ordinario, no ocurrirá, al menos no en el medio y largo plazo, siempre y cuando exista verdadera libertad de entrada al mercado, ya que los beneficios generados por el monopolista atraerán réplicas inmediatas, generando competencia y, eventualmente, erosionando los márgenes supra-competitivos. Podrá haber un tiempo relativamente breve en el que, en un mercado emergente, el primero que llega (*first mover*) logre una considerable extensión de su oferta, en justa compensación a su inventiva y al riesgo que supone toda innovación. Pero ello no durará. La doctrina de los mercados contestables, de Baumol, resuena en estas afirmaciones de la Corte.

Si todo ello es así -podría preguntarse el lector- ¿qué función tienen las Autoridades de Competencia?. Tienen éstas una misión absolutamente fundamental para el sistema, que no puede ser cumplida por ninguna otra institución: vigilar y defender el libre mercado, *asegurando la libre entrada al mismo* y el correcto comportamiento

de sus agentes, de modo que la competencia sea real y efectiva, con la consiguiente libertad de elección de los usuarios y consumidores. Si las situaciones de poder de mercado se prolongan más de lo razonable, las Autoridades deberán revisar las barreras de entrada y, en su caso, limitar los precios. Pero esto será siempre *a posteriori*.

En ocasiones, las Autoridades reguladoras o los órganos de defensa de la competencia asumen objetivos que no le son propios, como el diseño del mercado o la conformación de una determinada estructura empresarial, que a ellos personalmente se les antoja más apropiada o más competitiva (aquel juicio apriorístico del “cuatro mejor que tres” o “cinco mejor que cuatro”, que se dijo tiempo atrás, refiriéndose al número de operadores de telefonía móvil o al de empresas eléctricas). Ello supone, a mi juicio, excederse en su función. La defensa de la competencia no da a los reguladores carta blanca para predeterminar, con la mejor de las intenciones pero arbitrariamente, cual es la forma en que las empresas pueden plantear y realizar sus negocios, ni tampoco les habilita para imponer conductas comerciales o estructuras empresariales que, supuestamente, conlleven una mejor y mayor competencia. Las Autoridades reguladoras y de la competencia no están para imponer la mayor competencia posible, sino para defender una competencia suficiente, eficiente y practicable. Lo demás, puede hacer más mal que bien. Este es el mensaje de la decisión reciente del Tribunal Supremo norteamericano, que valía la pena comentar.

Gaspar Ariño Ortiz  
Madrid, 24 de febrero de 2004