

El mercado no es más que un instrumento inventado por los hombres para su propia ventaja individual y colectiva. Es una forma de organizar la distribución de bienes y servicios y la asignación de factores a la producción. Ha sido adoptado por todos los pueblos por los beneficios sociales que ha producido, lo que constituye su última y única justificación racional y ética. El mercado no es un fin en sí mismo. Es una actividad social subordinada al logro de objetivos determinados. No es siempre útil, ni siempre funciona bien.

¿Por qué la búsqueda del mercado competitivo se ha convertido en el santo Grial?

Al mercado en abstracto, es decir, a lo que los economistas denominan «mercado competitivo o perfecto» se le considera hoy día el mejor de los mundos posibles o al menos la base económica necesaria para llegar a él, puesto que da como resultado lo que los economistas llaman la asignación óptima de los recursos.

Ahora bien, ésta depende del comportamiento de las empresas, de que acepten plenamente el juego de la competencia. Este comportamiento dependerá asimismo de que el mercado tenga unos determinados rasgos: que haya un número de oferentes suficientes para que todos ellos consideren el precio de mercado del producto como «dado», que éstos no encuentren obstáculos para entrar o salir del mercado, que los factores productivos gocen de perfecta movilidad a largo plazo y que las empresas y consumidores tengan información perfecta. Tanto la teoría como la amplia experiencia histórica muestran que si realmente existe competencia en los mercados, las empresas y los consumidores se benefician de precios más reducidos, mayores posibilidades de elección, mejor atención y una satisfacción plena de sus preferencias.

El mercado es un buen sirviente, pero un pésimo amo (Karl Polany)

Desde la perspectiva del conjunto de la economía, la competencia favorece la reducción de la inflación, el aumento de las exportaciones, un mayor crecimiento económico y un crecimiento estable del empleo. En definitiva, la existencia de una verdadera competencia contribuye al bienestar y al incremento de la riqueza de los países.

Esta visión estática de la competencia debe completarse con la dinámica. En efecto, como señala M. Porter:

- la competencia induce a comportamientos eficientes ya que si no es así las empresas más ineficientes fácilmente se verán sustituidas por otras más eficientes.

- la existencia de rivalidad aumenta los incentivos para que las empresas analicen con rigor y detalle las demandas que manifiestan los potenciales competidores.
- la existencia de proveedores y clientes exigentes contribuye al proceso de innovación y diseño de nuevos productos.
- la creación de grupos de empresas afines (*cluster*) refuerza los conocimientos y experiencias en el mismo producto y en las tecnologías de proceso.

Los historiadores están de acuerdo en señalar al movimiento de opinión pública como el verdadero precursor de la primera ley moderna de Defensa de la competencia, la ley Sherman aprobada en Estados Unidos en 1890, en un ambiente de creciente preocupación por la ola de fusiones que afectaba, principalmente, a las industrias siderometalúrgica y química, al transporte ferroviario y a los bancos. En aquella época a la opinión pública le preocupaba ver como el excesivo poder económico estaba subvirtiendo el sistema democrático. No eran los efectos de la competencia económica lo que más preocupaba en Estados Unidos, puesto que, en el mismo año en que se aprobó la ley Sherman, el Congreso aprobó también una ley proteccionista, la ley McKinley, por la cual se elevaban sustancialmente los aranceles. Mejorar la eficiencia a través de la competencia interna, no era el principal objetivo que se buscaba con la legislación antimonopolios, sino impedir la concentración de poder que significaban los trusts.

La dialéctica perversa de la competencia

Hasta aquí se ha reflejado el papel creador y dinamizador de la competencia, pero hablaremos asimismo de cómo la ventaja que es capaz de desarrollar una empresa es susceptible de erosión y pérdida por la propia dinámica de la competencia.

Se reconoce unánimemente que el mercado genera incentivos y estímulos para impulsar actuaciones estratégicas de los agentes económicos que en él operan. Las empresas, en la búsqueda permanente de máximos beneficios, tratarán de modificar y sustituir la lógica competitiva por otras reglas que permitan obtener cierto poder de mercado, poder que les permita obtener unos resultados económicos superiores a los que obtendrían en situación de competencia.

Ya Adam Smith, cuando hace más de 200 años formuló la idea de la «mano invisible» (una apología del mercado como mecanismo óptimo de asignación de recursos y auto corrección), manifestó serias dudas sobre el interés de los empresarios en la competencia

Así, las empresas para mantener su ventaja competitiva pueden desarrollar estrategias de inversión en capacidad productiva, publicidad o en investigación y desarrollo, que creen barreras de entrada a potenciales competidores. Pero también pueden preferir llegar a acuerdos tácitos de reparto de mercado en vez de embarcarse en una lucha competitiva, llegando a una solución colusiva cercana al monopolio.

Desde ésta óptica empresarial, la esencia del proceso competitivo es la imitación por los rivales de las claves del éxito que permiten que una empresa pueda obtener unos resultados superiores a los de sus competidores. Por ello, para sostener su ventaja competitiva, las empresas diseñan mecanismos que las aíslen y protejan de las fuerzas competitivas. Cuanto más sencillo sea para los rivales imitar la ventaja, menos duradera será la competitividad de la empresa. Cuanto más fácil sea adquirir los recursos y capacidades para reproducir el éxito de otro, más rápidamente se eliminará la ventaja asociada al innovador. En definitiva, las empresas tienen incentivos para desarrollar comportamientos estratégicos que reduzcan la presión y la intensidad de la dinámica competitiva que se manifiesta en un mercado.

Para hacer algo más compleja la situación, algunas prácticas que tienden a considerarse intuitivamente como anticompetitivas, por suponer limitaciones que unas empresas imponen a otras, pueden, en determinadas circunstancias, acercar el equilibrio del mercado hacia el resultado competitivo.

La Política de la competencia debe ser sensible a las ambivalencias que aparecen en el funcionamiento de los mercados. Si los mercados no están sometidos a una fuerte competencia aparece rápidamente el riesgo de abuso y la consiguiente lesión de los intereses de los consumidores. Pero, por otro lado, la colaboración entre empresas facilita el desarrollo y ejecución de transacciones que en otras condiciones serían irrealizables y que fortalecen los elementos de competitividad empresarial.

El lado oscuro de la competencia: monopolio, acuerdos estratégicos, concentraciones, fusiones verticales

- **El monopolio**

El análisis económico caracteriza la situación de monopolio de la siguiente forma: existe una única empresa que actúa en el mercado, hay barreras de entrada y no existen productos sustitutivos. El

monopolista usa su poder económico para fijar unos precios superiores a los precios competitivos. En estas condiciones, el *output* a disposición de los consumidores se reduce en relación al existente en un mercado competitivo. El monopolista tiene beneficios extraordinarios que no son erosionados por la amenaza de entrada de nuevos competidores.

- **La empresa dominante y el abuso de posición dominante**

La empresa dominante se caracteriza por la existencia de una única empresa que realiza una parte sustancial de las ventas y un grupo de empresas con cuotas de mercado pequeñas que siguen las orientaciones de precios que realiza la empresa dominante. De esta forma, la empresa dominante disfruta del suficiente poder de mercado que le garantiza la obtención de beneficios extraordinarios.

Las leyes de Defensa de la competencia no persiguen el hecho de tener una posición de dominio en un mercado sino el *abuso de posición dominante*, esto es, el uso dañino para consumidores o competidores que se haga de esa posición dominante. Es necesario realizar un análisis minucioso de la situación para decidir si hay posición de dominio, para lo cual se medirá la cuota de mercado dentro de su *mercado relevante*, que es la piedra angular de todo este proceso. Una empresa está en *posición de dominio horizontal* o *poder de mercado* cuando tiene una gran cuota de mercado, su demanda es inelástica y existen serias dificultades a la expansión de la producción o a la entrada de nuevos competidores.

- **Los acuerdos verticales**

Representan prácticas realizadas por una empresa o grupo de empresas que tienen por objeto limitar o incidir sobre la capacidad de actuación de otra empresa que opera en distinta etapa del proceso productivo. Estos acuerdos o restricciones verticales se realizan entre empresas que desarrollan actividades complementarias en el proceso productivo. Son frecuentes los contratos donde participan empresas manufactureras y distribuidoras. Aunque las partes que participan son jurídica y patrimonialmente independientes, el acuerdo persigue obtener o incrementar su poder de mercado, constituyendo, por tanto, una práctica restrictiva de la competencia. Por ejemplo, la utilización de sistemas de

En el análisis de los distintos casos habrá que hacer una estimación de los efectos a favor y en contra de la competencia, es decir, de las ganancias y pérdidas de eficiencia que una práctica teóricamente anticompetitiva genera para reconocer su efecto neto final sobre la competencia y la eficiencia global

distribución en exclusiva puede considerarse como una estrategia de las empresas ya instaladas para obligar a los potenciales entrantes a crear su propia red de distribución.

Sin embargo, ciertos acuerdos verticales en la distribución pueden pretender alcanzar un equilibrio entre los incentivos de los distribuidores, incorporando su esfuerzo y asumiendo riesgos, y el control que la manufacturera desea mantener sobre el producto, calidad y servicios que oferta en el mercado final. El hecho de que las empresas que participan en estos acuerdos realizan actividades complementarias y no compiten entre sí directamente, permite inferir que, al menos inicialmente, no existe una voluntad de reducir la competencia sino más bien de mejorar la eficiencia en la realización de los intercambios comerciales e impulsar el bienestar, logrando así disminuir los costes de transacción, así como los costes de distribución y marketing.

El quid de la Política de Defensa de la competencia y el auge de su importancia

El reconocimiento de que el mercado competitivo no genera solamente *competencia* entre las empresas, sino que estimula pautas que tratan de reducir la intensidad de las fuerzas competitivas que se manifiestan en los mercados, es lo que ha conducido a reflexionar sobre la oportunidad de una intervención pública, en forma de Política de Defensa de la competencia, que favorezca que el mercado funcione bien, controlando las fuerzas que tienden a alterar el resultado competitivo.

El objetivo principal de la Política de Defensa de la competencia es flexibilizar el funcionamiento de los mercados, es decir, velar para que las empresas actúen de forma competitiva, impidiendo abusos de posición dominante, concentraciones y fusiones, acuerdos colusivos de los empresarios para fijar precios o repartirse los mercados, ayudas públicas discriminatorias, prácticas todas ellas que tratan de impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier tipo de práctica encaminada a restringir la competencia y que den como resultado pérdidas de eficiencia tal y como se ha definido. Positivamente, las leyes de Defensa de la competencia buscan proteger a las empresas para que puedan tomar decisiones libremente en el diseño de sus estrategias y políticas internas.

El proceso de internacionalización de los mercados (globalización) está suponiendo que el ámbito geográfico de muchos de

ellos haya cambiado profundamente pasando a tener alcance mundial. Esto tiene importancia desde dos puntos de vista. En primer lugar, los comportamientos anticompetitivos, dada la extraordinaria concentración de poder económico y de mercado de unos pocos cientos de empresas transnacionales, puede tener efectos devastadores sobre el bienestar de los individuos, especialmente si los comparamos cuando los mercados eran locales o nacionales. En segundo lugar, la inexistencia de autoridades supranacionales de Defensa de la competencia (ya que en el caso de la Unión Europea actúa sobre un mercado único) puede plantear graves problemas de coordinación que den lugar a que ciertas decisiones sean efectivas en unos países o áreas económicas y no en otros.

Por tanto, el proceso de globalización que afecta a los países desarrollados y a la mayoría de los países en desarrollo exige armonizar las normas y los criterios de aplicación de las políticas de Defensa de la competencia en los diferentes estados y organizaciones internacionales para evitar las prácticas anticompetitivas que impiden u obstaculizan la entrada de nuevas empresas en los mercados.

No sólo es importante aplicar políticas microeconómicas y macroeconómicas, sociales, medioambientales, etc., sino que, además, hay que contar con una serie de instituciones y sistemas políticos democráticos, gobiernos no corruptos, administraciones de justicia respetables y eficientes, órganos reguladores independientes, etc., que son fundamentales para que las políticas sean eficaces. También hay que saber aplicarlas a tiempo: si no se llevan a cabo en el momento adecuado o sin las necesarias compensaciones, pueden llegar a ser destructivas, contraproducentes o ineficaces.

La Política de Defensa de la competencia en la Unión Europea

La Unión Europea ha resumido sus metas en los llamados objetivos estratégicos de Lisboa: desarrollo sostenible, cohesión social y eficiencia. Para alcanzarlos, la UE se ha propuesto lograr un sistema de competencia más efectivo, flexible y descentralizado. Esto exige analizar la competencia real existente en cada mercado: oli-

Promover la Defensa de la competencia significa ponerse como meta el progreso, la modernización, la innovación, la calidad y el desarrollo económico (que no es mero crecimiento económico). La Defensa de la competencia no supone restringir u obstruir los mercados sino que favorece los mecanismos de los mercados libres y competitivos

gopolística o atomizada (en función del grado de concentración), maduro o inicial (en función del mercado), clásico o innovador (en función del producto).

El Derecho comunitario de la competencia, por medio del Tratado CE y del derecho derivado, contiene reglas tendentes al establecimiento de una política de libre competencia mediante tres tipos de medidas:

- prohibición de los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia y los abusos de empresas en posición dominante (artículos 81 y 82 del Tratado).
- prohibición a los Estados miembros de conceder ayudas públicas a sus empresas sin autorización previa de la Comisión (artículos 87 a 89 del Tratado).
- control de las concentraciones entre empresas (Reglamento 139/2004 del Consejo).

El Tribunal de justicia europeo por su parte, actúa como garante del cumplimiento de la legalidad. Fiscaliza la actuación de la Comisión, constata los incumplimientos de los Estados miembros y efectúa una labor interpretativa de las reglas del Tratado así como un control de la legalidad en la aplicación del Derecho comunitario. Además, la jurisprudencia del Tribunal ha contribuido de forma determinante en el desarrollo y la aplicación del Derecho de la competencia en todas sus vertientes.

La modernización de la Política de Defensa de la competencia

La tendencia de las actuales reformas, que se iniciaron en los noventa, es descentralizar la aplicación de la Política de competencia otorgando mayor responsabilidad a las empresas en la evaluación (auto evaluación) de sus conductas, al eximirles de la necesidad de notificar previamente sus acuerdos y sus conductas presuntamente colusivas, y haciendo de las autoridades nacionales de la competencia y las jurisdicciones nacionales, junto a la Comisión, las garantes de su aplicación efectiva.

En la política antitrust el nuevo sistema establecido persigue reducir la labor administrativa de la Comisión a fin de que pueda dedicar mayores esfuerzos a la lucha contra los grandes cárteles o las infracciones que tienen incidencia en un ámbito importante del mercado comunitario.

En el tema de las ayudas estatales, la Comisión propone que éstas otorguen prioridad a varios objetivos fundamentales desde el punto de vista del interés común europeo: fomento de la innovación, investigación y desarrollo, apoyo a las pymes, impulso de la formación y del empleo, protección del medio ambiente y desarrollo regional.

Respecto a la concentración de empresas el nuevo Reglamento 139/2004 ha modificado el régimen anterior de forma sustancial, introduciendo un nuevo criterio de evaluación basado en los efectos de las operaciones de concentración sobre las condiciones de competencia. En el régimen anterior resultaban incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que «creasen o reforzasen una posición dominante» a resultas de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. El nuevo criterio señala que se declararán incompatibles con el mercado común aquellas concentraciones que sean «susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

Por otra parte, fija una distribución de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros por la cual la Comisión tiene competencia exclusiva para el conocimiento de aquellas concentraciones que tengan dimensión comunitaria.

La Política de Defensa de la competencia en España

Para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado tras la entrada en el Mercado común en 1986 se promulgó la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

La sentencia 208/1999 del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o parte del mercado nacional» dio lugar a la Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

En virtud de esta ley corresponde a las comunidades autónomas:

- los procedimientos que tengan por objeto las conductas res-

En el ámbito europeo la puesta en práctica de las reglas de competencia persigue esencialmente dos objetivos: crear un sistema de economía de mercado para los Estados miembros en el que rija el principio de la libre competencia, y establecer una política eficaz que evite el reparto de mercados nacionales o regionales y favorezca su integración económica

trictivas, abusivas o desleales que alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito no superior al de la comunidad autónoma.

- la autorización de conductas que impidan o restrinjan la competencia en los supuestos y los requisitos previstos en la Ley, cuando afecten a un ámbito no superior a la comunidad autónoma.

Asimismo, los órganos competentes de las comunidades autónomas pueden emitir informes de oficio o a instancia del gobierno autonómico sobre actividades normativas o administrativas que afecten a la competencia; proceder a la investigación y al análisis de sectores y actividades económicas en términos de libre competencia; o difundir la competencia e informar a las empresas y ciudadanos.

Control de ayudas públicas: efectos en Euskadi

La política de control de ayudas de Estado, como vertiente fundamental de la Política de competencia, merece un apartado especial al relacionarla con la actividad de apoyo al empresariado puesta en práctica por las instituciones vascas.

Se trata de un tema de gran trascendencia para Euskadi en particular, porque el Concierto Económico y la normativa foral en materia fiscal han sido protagonistas de una aplicación poco ortodoxa de las reglas comunitarias. En efecto, distintas normas forales que otorgaban beneficios fiscales a las empresas vascas que realizaban ciertas inversiones fueron anuladas por el ejecutivo comunitario que, con distintos argumentos, las han considerado ayudas estatales no compatibles con el Tratado. También el Tribunal Supremo ha aplicado de forma poco ortodoxa la normativa comunitaria sobre el control de ayudas públicas en contra de algunas normas tributarias forales, especialmente en el Impuesto de Sociedades, sin amparo doctrinal o jurisprudencial de las instituciones comunitarias.

No obstante, afortunadamente para los entes forales, la doctrina establecida por el alto tribunal español deberá ser modificada debido a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que la contradice con meridiana claridad.

El tribunal europeo debía pronunciarse sobre la compatibilidad del régimen fiscal de sociedades con sede social en las Azores

(diferente al del resto del estado portugués), con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado. La cuestión que se planteaba, de enorme trascendencia para los regímenes fiscales regionales como son el vasco y el navarro, era saber si el marco de referencia para apreciar su carácter general o selectivo es la región donde surten efectos o todo el territorio nacional.

El alto tribunal ha optado por la primera de las hipótesis planteadas, rechazando así la postura de la Comisión Europea en la decisión recurrida. No obstante, en su sentencia, siguiendo las conclusiones del Abogado General, establece unos criterios novedosos para determinar el carácter general de un régimen fiscal regional: que la autoridad regional cuente con autonomía institucional; que el gobierno central no haya podido intervenir directamente en su contenido y que la disminución de los ingresos fiscales regionales no sea compensada por ayudas o subvenciones procedentes del gobierno central.

Corolario

Aunque nos encontramos inmersos dentro de un sistema de economía social de mercado, la Administración debe velar para que el mercado sea capaz de respetar sus propias reglas de juego, permitiendo que las empresas decidan libremente dónde fabricar y vender sus productos y servicios, sin trabas, distorsiones, e injerencias indebidas.

Las autoridades de la competencia deben proteger la existencia de una libre competencia entre las empresas, prohibiendo y sancionando las actividades contrarias al funcionamiento natural del mercado, como son los acuerdos de precios o reparto de mercados, los abusos de empresas dominantes, las concentraciones y en general las conductas que restringen la competencia.

No se trata de una moda pasajera, sino de una necesidad cada vez más perceptible, dado el coste de unas prácticas que repercuten en la competitividad de las empresas y, por ende en la economía y el empleo, esto es, en el bienestar de la sociedad.

El Tribunal Europeo de Justicia admite el carácter general de un régimen fiscal regional que contemple impuestos menores a los vigentes en el Estado
