

CAPITULO NOVENO

TÉCNICAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACION (II): PRIVATIZACION E INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA

I. LA PRIVATIZACION.

1. Evolución de la política privatizadora.
2. Definición.
3. Condicionantes de las privatizaciones.
4. Fines y coherencia de la privatización.
 - A) Objetivos macroeconómicos.
 - B) Objetivos microeconómicos.
 - C) Coherencia de la política de privatización.
5. Razones en favor de la privatización de los servicios públicos económicos.
 - A) Capacidad e incentivos para aumentar las tarifas.
 - B) Capacidad e incentivos para aumentar el capital.
 - C) Capacidad e incentivos para utilizar la combinación eficiente de insumos.
 - D) Capacidad de adaptación a cambios en el futuro.
 - E) Capacidad de mantener la regulación.
 - F) Reestructuración empresarial en la Unión Europea.
 - G) Conclusión.

II. ESTRUCTURA COMPETITIVA DE MERCADO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El problema: competencia insuficiente tras la liberalización.
 - A) El caso de British Gas: problemas de estructura.
 - B) La reestructuración de la industria eléctrica inglesa: problemas de conducta.
 - C) Evaluación del problema.
2. ¿Cuál es el bien jurídico protegido por el Derecho de Defensa de la Competencia?
 - A) Controversias sobre el Derecho de la Competencia.
 - B) El paradigma austríaco.

I. LA PRIVATIZACION.

1. Evolución de la política privatizadora.

Desde que a finales de los años setenta comenzaron a generalizarse las privatizaciones han pasado veinte años. No es de extrañar, por tanto, que esta política haya ido evolucionando a medida que se comprendían mejor las técnicas empleadas y los resultados obtenidos; así como las implicaciones recíprocas entre las medidas de desregulación, neo-regulación y privatización. En Europa, las privatizaciones asumieron en un principio el protagonismo de la política de liberalización económica; pero, una vez visto su alcance en el sector de los servicios públicos económicos, han pasado a constituir una técnica imprescindible, pero subordinada a la definición de un nuevo marco normativo del sector concreto en el que se realizan. De ahí que las privatizaciones operen en el corto y medio plazo, mientras que las medidas de desregulación y neo-regulación proyectan también sus efectos a largo plazo.

2. Definición.

El término privatización induce a equívocos, pues muchos autores lo emplean como equivalente a liberalización. SERNA BILBAO (1995: 36) analiza este concepto amplio y lo define como "el fenómeno comprensivo de "todas aquellas acciones de los poderes públicos que buscan, fundamentalmente, reducir la intervención de éstos en la economía mediante el traspaso de funciones y actividades públicas al sector privado. Igualmente, se incluye dentro de este concepto el desarrollo de las actividades públicas bajo formas organizativas y régimen jurídico privado".

Sin embargo, la autora indica que esta definición es en exceso amplia, por lo que, más adelante¹, distingue la *privatización formal* -sujeción de determinadas actividades desarrolladas por los poderes públicos al Derecho Común- de la *privatización material* -traslación, total o parcial, al sector privado de actividades empresariales hasta el momento desplegadas por los poderes públicos-: el concepto estricto de privatización corresponde a la material².

¹ SERNA (1995:66 ss).

² De hecho, este concepto estricto es el que ha acabado imponiéndose. En el XVI Congreso de la F.I.D.E. (Roma 1994) se aceptó la siguiente definición de privatización: "Proceso por el cual el control o el derecho de propiedad del Estado o de las autoridades públicas sobre las empresas públicas del tipo descrito en los artículos 37 y 90 del Tratado de la Comunidad Europea se transfiere de forma total o parcial al sector privado". Vid. DAL y DEFALQUE (1997).

Dentro de la privatización material, la *privatización total* puede calificarse como "privatización auténtica". En la práctica, la *privatización parcial* de una empresa pública permite al poder público mantener el control sobre la empresa, por lo que es sólo una "privatización aparente"³.

En el sector de los servicios públicos económicos con infraestructuras de red, dentro de las privatizaciones totales es importante distinguir entre las "privatizaciones monolíticas" (VELJANOSVKI, 1989), que se limitan a traspasar la propiedad total de la empresa al sector privado, pero manteniendo el monopolio (monopolio público-monopolio privado); de aquellas en que la privatización total se acompaña de una nueva regulación, que permite la abolición efectiva del monopolio y la formación de un mercado. Solamente en el último supuesto nos encontramos ante una "**estrategia integrada de privatizaciones**", que no obedece a impulsos aislados de necesidades presupuestarias, sino que constituye un instrumento específico de la política económica de liberalización, fomento de la competencia, modernización del sector público e incremento de la competitividad⁴.

3. Condicionantes de las privatizaciones.

Cuando se vuelve la vista atrás y se evalúan las privatizaciones realizadas durante las dos pasadas décadas es conveniente no olvidar que cada operación fue una decisión política, enmarcada en el arte de lo posible y de no resolver un problema creando otro mayor, condicionada por diversas circunstancias económicas y sociales. Ninguna operación puede realizarse en "estado puro", respetando por completo los paradigmas de plena competencia y eficiencia económica: siempre se presentan deficiencias y conflictos de intereses que deben resolverse a través de una ponderación razonable.

Feliciano FUSTER (1994), entonces Presidente de ENDESA, analizaba los condicionantes básicos para privatizar:

- * Existencia de una base empresarial privada importante capaz de desarrollar con éxito los objetivos de la privatización.
- * Necesidad de los Estados de ofrecer garantías de rentabilidad adecuada a los nuevos accionistas.
- * Mantenimiento del poder de decisión del Estado en sectores estratégicos, mediante una fuerte regulación.

³ SERNA (1995: 80-85): que cita a G. ARIÑO (1993: 240).

⁴ Cfr. Pablo ISLA (1997).

* Dimensión del mercado financiero capaz de absorber estas privatizaciones.

La existencia, en mayor o menor medida, de estas condiciones respecto de cada proceso de privatización condiciona inevitablemente su planteamiento y ejecución. Pero sucede que, una vez transcurrido el tiempo, la privatización tiende a juzgarse bajo parámetros sólo teóricos⁵.

4. Fines y coherencia de la privatización.

La abundante literatura ya existente sobre las privatizaciones exige de un análisis pormenorizado de sus fines que han sido ya detenidamente expuestos. Puede resultar útil una distinción entre los objetivos según sean predominantemente macro o microeconómicos.

A) Objetivos macroeconómicos.

- 1º Reducción de la deuda pública mediante los ingresos por privatizaciones (la Comisión Europea mantiene la postura de que ningún ingreso por privatizaciones debe ser computable para disminuir el déficit público).
- 2º Reducción del déficit público al quedar eliminados los déficit operativos (subvenciones) que las empresas públicas con pérdidas suponen para las arcas del Estado. Si además y tal como se ha demostrado, las empresas una vez privatizadas realizan una mejor gestión empresarial se podrá cobrar mayores impuestos por los mayores beneficios que generan⁶.
- 3º Mayor presencia del sector privado en la economía nacional y correlativa reducción del sector público.
- 4º Desarrollo de los mercados de capitales nacionales.

⁵ Estos condicionantes se presentan con mayor o menor intensidad en todos los países y en cada operación de privatización. Un proceso especialmente significativo de privatizaciones, enmarcado en el programa de reforma del Estado y de la economía, ha sido el de Argentina. La gran influencia de estos condicionantes ha influido en el posterior desarrollo de los sectores y de su “marco regulatorio”.

⁶ En 1979, en el Reino Unido, los préstamos y pérdidas de las Compañías públicas eran de 3.000 millones de libras al año. En cambio, entre 1989 y 1990, las compañías privatizadas aportaron a las arcas públicas unos 2.000 millones de libras. Habría que restar el gasto público generado por los subsidios de paro provocados por los ajustes de plantilla que en ocasiones acompañan a las privatizaciones. Aunque no hay que olvidar que el Reino Unido tiene una de las tasas de paro más bajas de Europa (PAMPILLON, 1997).

5º Aumento de los ciudadanos propietarios de acciones (capitalismo popular) y, en concreto, aumento de la participación de los empleados en la propiedad de la empresa.

B) Objetivos microeconómicos.

1º Aumento de la eficiencia y de la eficacia de la empresa privatizada: este objetivo se puede conseguir al reducir las distorsiones económicas provocadas por las interferencias políticas en la gestión empresarial. Estas distorsiones se centran fundamentalmente en la politización del nombramiento del personal directivo, en el sobredimensionamiento de las plantillas de personal y en la adopción de decisiones empresariales estratégicas (inversión, definición de objetivos, fijación de precios, etc.) por motivos ajenos a la eficiencia de la empresa.

2º Reducción de costes y aumento de la productividad: dependen tanto de la privatización como de la introducción de competencia en el sector.

3º Aumento de beneficios, reducción de precios y aumento en la calidad y variedad de los productos y servicios⁷.

C) Coherencia de la política de privatización.

Las mayores distorsiones provocadas por determinados procesos de privatización se han producido cuando se ha primado la finalidad financiera de obtener recursos para el Tesoro Público, preservando el valor de la empresa al mantener su situación de monopolio tras la privatización, total o parcial; sin acompañar la venta de activos con una nueva regulación pro-competencia. Mas tarde o más temprano, los abusos de posición dominante de la empresa total o parcialmente privatizada se han hecho insostenibles y ha resultado forzoso introducir nuevas reformas en la regulación del sector, que hubieran resultado más fáciles, eficientes y coherentes de haberse realizado al comienzo de la reforma.

La experiencia ha venido a demostrar que la principal finalidad de las privatizaciones no es la reducción de la deuda, ni del déficit público; sino la eficiencia del sistema económico en su conjunto: disminuyendo el peso de la parte más ineficiente del sistema se logra que la parte más eficiente aumente su peso y vea mejoradas sus condiciones de

⁷ En esta síntesis de fines y objetivos hemos seguido las recientes exposiciones de Rafael PAMPILLON (1997) y de GOMEZ ACEBO & POMBO (1997: 24ss y 336ss).

funcionamiento⁸. Pero ello exige coordinar la política de privatizaciones con una política de desregulación y neo-regulación que haga efectivo el desarrollo de la libre competencia.

El informe del Banco Mundial (1997: 7) observa que la experiencia ha demostrado que la forma en que se lleva a cabo la privatización influye de forma trascendental en los resultados finales. Los factores clave son: la transparencia del proceso, la aceptación por parte de los empleados, la generación de una amplia base de accionistas y la implantación de reformas normativas apropiadas.

5. Razones en favor de la privatización de los servicios públicos económicos.

Poco a poco se ha ido afirmando el consenso en la idea de que el mercado y la libre competencia constituyen un mecanismo más eficiente que la dirección burocrática pública para lograr una mejor asignación de los recursos económicos. Sin embargo, una vez que se van abriendo los sectores a una competencia más o menos efectiva, surge la pregunta: ¿es imprescindible privatizar la empresa pública, especialmente en los servicios públicos económicos?. En la respuesta, hoy por hoy, no existe un grado de acuerdo similar al que existe en favor de la competencia.

Veamos algunas opiniones que pueden resultar significativas. En el terreno doctrinal, MARTIN MATEO (1988: 79-80) sintetizaba algunos argumentos en favor de la no necesidad de la privatización: "El principal y más sólido argumento a favor de las privatizaciones es el de la mayor eficiencia de la empresa privada en comparación con la pública, superioridad que vendría dada, sobre todo, por la presencia en aquella de mecanismos más adecuados de control y por su estricta adaptación y respuesta a las circunstancias de un medio competitivo."

"Pero si estas condiciones se diesen también en la estructuración interna y en el contexto operativo de una empresa pública, como hace tiempo señalé, no habría que descalificarla a priori en términos de eficacia, lo que ratifican recientes análisis donde, bien es cierto que contra las convicciones más difundidas, se afirma que no hay soporte para simples generalizaciones sobre la superioridad de los resultados del sector privado (KAY, THOMPSON 1986), siendo lo realmente importante con validez para ambos sectores la existencia de competencia, bajo cuya premisa probablemente las empresas privadas funcionarían mejor. Pero si la competencia es escasa, las empresas privadas sometidas a regulación no se comportarán mejor que las públicas, quizá peor. De lo que se deduce que

⁸ Cfr. R. TERMES (1993).

en un contexto no competitivo, las privatizaciones probablemente serán netamente perjudiciales".

Asimismo, en el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (1993: 31-32) se planteaba esta cuestión en los siguientes términos: "Hay una última confusión interesada en el debate sobre la liberalización. La razón de ello es que muchos países que han liberalizado el sector de los servicios han procedido, simultáneamente, a la privatización de las empresas públicas."

"Sin minusvalorar en absoluto las ventajas que puede tener en algunos casos la privatización de las empresas públicas como política de acompañamiento a la hora de introducir competencia, es importante, sin embargo, dejar claro que se trata de dos políticas distintas."

"En nuestra opinión, la privatización no es esencial, desde el punto de vista de la competencia, siempre y cuando:

- se apruebe la total separación entre reguladores y operadores,
- las empresas públicas queden sometidas a las mismas reglas de competencia que las empresas privadas del sector,
- las empresas públicas no reciban un trato distinto de las privadas y se garantice la transparencia de las relaciones financieras entre dichas empresas y los poderes públicos."

"Hay que destacar que lo que produce el beneficio de aumentar la eficiencia es la introducción de la competencia y no la privatización, como bien prueban algunas experiencias extranjeras en las que se ha privatizado sin introducir competencia y la conducta del monopolista privado ha sido igual o peor que la que tenía antes el monopolista público".

KAY y THOMPSON (1986) y VICKERS y YARROW (1988, 1991)⁹ también han sostenido que la experiencia sobre la eficiencia relativa de las empresas de propiedad pública y de propiedad privada no parece apoyar la idea de que, en una **economía de mercado desarrollada**, la privatización de industrias de infraestructura vaya a producir importantes beneficios públicos:

⁹ Estos estudios están recogidos en BEL i QUERALT (1996).

"Las empresas de propiedad privada tienden, por lo general, a ser más eficientes cuando la competencia en los mercados de productos es eficaz" (VICKERS y YARROW, 1988: 40).

"La privatización tenderá a mejorar los resultados de una compañía sólo si se ve apoyada por la liberalización; y si ambas cuestiones entran en conflicto, decididamente es preferible la última" (KAY y THOMPSON, 1986: 25).

VICKERS y YARROW abordan específicamente el tema del sector de infraestructuras:

"Sujeto a la... condición sobre competencia, y siempre que no haya otras ineficiencias sustanciales en la asignación asociadas a fallos del mercado, sostendríamos que la experiencia disponible apoya una presunción a favor de la empresa privada. No obstante, cuando el poder de mercado es significativo, y especialmente cuando la conducta de la empresa está sometida a una regulación estricta, existe poca justificación empírica para una presunción general en favor de cualquier tipo de propiedad, por lo que es aconsejable la evaluación caso por caso de las diversas alternativas" (VICKERS y YARROW, 1988: 40).

Es necesario observar que las opiniones que acabamos de citar en favor del carácter no imprescindible de la privatización datan de los años ochenta y de comienzos de los noventa. Sin embargo, en los últimos años, importantes instituciones han acabado decantando su posición en favor de la necesidad de la privatización. En este sentido, el Informe del Banco Mundial (1997: 74) reconocía que "es verdad que si los gobiernos están dispuestos a establecer fuertes limitaciones presupuestarias, a permitir la competencia de las empresas privadas y a dar a los administradores incentivos apropiados, los resultados de las empresas estatales pueden mejorar. La triste realidad es que, aunque algunos gobiernos tenaces han logrado reformar sus empresas públicas, a largo plazo, es mucho más difícil conseguir que las reformas perduren. En el "Informe sobre el Desarrollo Mundial 1983" se pusieron de relieve varias empresas estatales de todo el mundo que funcionaban satisfactoriamente; para 1993 la mayoría de ellas se hallaba en decadencia".

Pablo ISLA (1997: 100) cita, al respecto, la posición de la OCDE y de Naciones Unidas. Según la OCDE, "las autoridades y los investigadores han adquirido lentamente la convicción de que las participaciones estatales tienden a disminuir la eficiencia interna de las sociedades. En todo caso, los estudios más recientes realizados sobre una misma sociedad antes y después de la privatización, han puesto de manifiesto ganancias de eficiencia notables"¹⁰. Naciones Unidas avanza un paso más y vincula las privatizaciones a

¹⁰ Tendences des Marchés des Capitaux. OCDE. París, junio 1996, p. 14.

la mejora de la eficiencia de las Administraciones: "así el Estado puede concentrarse en sus funciones esenciales, incluyendo la de promover el eficiente funcionamiento de los mercados en interés público, mientras deja al sector privado hacer lo que éste hace mejor"¹¹.

Respecto de la Unión Europea, DAL y DEFALQUE (1997: 94) llegan a la conclusión de que la actitud de las instituciones comunitarias respecto a las políticas económicas de los Estados miembros ha evolucionado abiertamente de un régimen de neutralidad a una estimulación de la privatización, incluso a la obligación impuesta a los Estados miembros de dismantelar sus monopolios en los sectores estratégicos de las telecomunicaciones, la energía, correos y transportes. Esta evolución es, sobre todo, el resultado de obligaciones económicas. En los sectores expuestos a una fuerte competencia internacional, las instituciones comunitarias han querido poner fin al proteccionismo y asegurar la eficacia económica indispensable para la competitividad de las empresas en un régimen de libre competencia.

ORDOVER y PITTMAN (1994) se plantean la cuestión que nos ocupa y exponen una serie de razonamientos en favor de la privatización¹². Aunque su estudio se centra en la política de competencia para monopolios naturales en las economías en transición hacia el mercado, especialmente de los países post-comunistas, los argumentos que exponen son aplicables a la transición del monopolio a la competencia de los servicios públicos económicos de países desarrollados: de hecho, la mayoría de los ejemplos que presentan provienen de esas experiencias. Seguidamente, tomamos como base su exposición, actualizando algunos datos y añadiendo algunos argumentos.

La cuestión relevante es: ¿hay algo especial en relación con los sectores de servicios públicos que haga más probable que su privatización provoque mejoras en la eficiencia?.

ORDOVER y PITTMAN (1994: 71) entienden que sí. Una de las ventajas más importantes de la privatización es que, al colocar tanto los derechos residuales de control como los derechos residuales de *cash flow* en manos de accionistas privados y no en manos del gobierno, hace más costosa la intervención política a corto plazo en las operaciones del día a día de la empresa, permitiendo así que ésta se concentre en la eficiencia económica a largo plazo¹³. Planteándolo de otra forma, la privatización

¹¹ United Nations (1995), "Comparative Experiences with privatisation. Policy Insights and Lessons Learned". Nueva York, Ginebra, p.4.

¹² Cfr. En sentido similar las interesantes apreciaciones de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000:97).

¹³ "La diferencia importante entre propiedad pública y privada afecta, en nuestra opinión, a los derechos residuales de intervención. En la empresa pública, el gobierno se reserva cierta autoridad para intervenir directamente en los acuerdos de producción delegados e instrumenta importantes cambios de política cuando lo juzga necesario. Con propiedad privada, los derechos especiales de intervención corresponden a los

representa un compromiso por parte del gobierno -un compromiso que hace creíble tanto esta transferencia de derechos como la perspectiva de futuras privatizaciones- de no alterar o interferir de cualquier otra forma en las decisiones operativas básicas de la gestión. Hay algunas áreas en las que existen claros indicios de que la propiedad privada puede dar lugar a importantes mejoras de los resultados del sector de infraestructuras.

A) Capacidad e incentivos para aumentar las tarifas.

Los servicios públicos mantienen con frecuencia o para tipos determinados de consumidores unas tarifas muy bajas. Estas se encuentran por debajo (a veces, muy por debajo) del coste medio y del coste marginal. La creencia de que, en general, este tipo de política de redistribución de la renta se ejecutaría más eficientemente a través de transferencias directas del poder de compra o de subvenciones puntuales que a través de una subvención generalizada del precio de bienes concretos, es un resultado clásico de la economía del bienestar. La consecuencia directa de esta política ha sido y continuará siendo la existencia de restricciones y el uso excesivo de insumos (especialmente, de la energía) que son, en la práctica, costosos para la sociedad; un resultado menos directo ha sido y continuará siendo la falta de fondos para mantenimiento del capital y para modernización: un resultado todavía menos directo (pero, en último término, de gran importancia) va a ser que los nuevos empresarios vacilarán en invertir si no cuentan con unos servicios públicos seguros.

¿Podrán, y harán, estos servicios públicos aumentar las tarifas hasta niveles más eficientes si se mantienen bajo la gestión directa del gobierno?. Parece dudoso. Los efectos redistributivos de un aumento de las tarifas de los servicios públicos van a ser en ocasiones amplios y siempre existirá una fuerte tentación para los políticos -allí donde las disposiciones "constitucionales" no lo impidan- para frenarlas. Por otra parte, en la medida en que los gerentes de los servicios públicos son funcionarios que no obtienen ningún beneficio adicional de un funcionamiento rentable, tendrán incentivos para no subir los precios hasta los niveles fijados por el mercado sino, por el contrario, para maximizar sus pagos adicionales (bien explícitos, o bien los llamados de "mercados (de trueque) secundarios") manteniendo los precios por debajo de aquellos niveles¹⁴. Por otro lado, el

acreedores (en caso de quiebra) y a los principales intereses financieros (que pueden reunir los recursos necesarios para financiar una adquisición de la empresa privada); pero el derecho del gobierno a intervenir es más limitado que bajo la propiedad pública" SAPPINGTON y STIGLITZ (1987: 568). OYCKO, SHLEIFER y VISHNY (1992) plantean en esencia el mismo argumento, mientras que SHAPIRO y WILLING (1990) fundamentan esta diferencia en los costes de intervención del gobierno en "una barrera informativa entre... el regulador y los propietarios y gerentes de la empresa".

¹⁴ WISEMAN (1991); SHLEIFER y VISHNY (1992).

proceso de privatización de una empresa concreta puede ofrecer una ocasión propicia para una reestructuración institucional simultánea en la que el equipo directivo sea sustituido, se eliminen los controles sobre los precios (quizá gradualmente) y se establezca un mecanismo regulador¹⁵. La nueva gestión privada, beneficiada de un cierto grado de libertad de interferencia en el funcionamiento del día a día de la que no dispone la gestión pública, aumentará los precios hasta un nivel suficiente al menos para cubrir los costes.

Colin ROBINSON sintetiza de esta forma la experiencia británica en relación con la privatización de la electricidad: "A pesar de las buenas intenciones de los padres fundadores..., se demostró que era imposible mantener una relación "a prudente distancia" entre las compañías nacionalizadas y el gobierno. En su lugar, gobiernos de los dos principales partidos no pudieron resistir la tentación de interferir en las decisiones de las industrias de propiedad estatal de forma que, en la práctica, las compañías tenían escaso control sobre las decisiones de fijación de precios y de inversión... Un órgano regulador independiente es capaz de proveer a la industria de un conjunto mucho más claro de reglas básicas que evite gran parte de la confusión entre objetivos comerciales y políticos que está asociada a la nacionalización".

B) Capacidad e incentivos para aumentar el capital.

Las instalaciones físicas de las empresas de infraestructuras de los países postsocialistas se encuentran en unas condiciones deplorables. Las tarifas han sido habitualmente tan bajas que no cubrían los costes; en cualquier caso, si se obtenía algún beneficio de explotación, éste iba directamente al Ministerio de Hacienda y la empresa no tenía ninguna potestad especial sobre él para cubrir sus gastos de mantenimiento y de amortización, y mucho menos para modernización y expansión.

Estas deprecadas y obsoletas instalaciones físicas no pueden hacer frente a los importantes incrementos de la demanda paralelos a la expansión de las economías en transformación. Las industrias de infraestructura se encuentran entre las más intensivas en capital de una economía moderna. ¿De dónde va a venir el dinero para la expansión y la modernización?

Si las empresas continúan en manos públicas no parece probable que ello vaya a facilitar la obtención de los fondos masivos que van a precisar. Un aumento de las tarifas por parte de las empresas resultaría útil a este respecto pero, como se ha indicado anteriormente, no es probable que se vaya a producir. Muchos de los países postsocialistas

¹⁵ De hecho, ROBINSON (1993) sostiene que "el principal argumento en favor de la privatización es que ésta proporciona los medios más rápidos y más efectivos para la liberalización en muchos mercados".

tienen importantes déficit presupuestarios como consecuencia de unos sistemas de hacienda pública gravemente subdesarrollados. El aumento de estos déficit, incluso aunque el gobierno fuera partidario de ello, está generalmente limitado por los acuerdos fijados con los organismos prestatarios internacionales. Por otra parte, el ahorro público está muy por debajo del volumen necesario para privatizar, ampliar y modernizar tales empresas.

Esto sugiere que las empresas deben ser privatizadas y que, si han de atraer los flujos de inversión necesarios, deben abrirse a la inversión extranjera. Ciertamente, el tema de las inversiones extranjeras en industrias de infraestructura es muy controvertido desde el punto de vista político y habrá diferencias entre países en cuanto a la viabilidad de este procedimiento y a los volúmenes de inversión que sean políticamente aceptables. De hecho, como se ha demostrado tanto en el Reino Unido como en Francia, es bastante factible para el gobierno privatizar una empresa y abrirla a la inversión extranjera mientras continúa manteniendo cierta discrecionalidad sobre su estructura de propiedad¹⁶. A este respecto, TENENBAUM, LOCK y BARKER (1992) sostienen que la naturaleza "especial" de las empresas de infraestructura -utilizada en el pasado como justificación última para la nacionalización- puede ser ahora la mejor razón para la privatización:

"Uno de los principales factores que llevaron a las primeras nacionalizaciones de sistemas eléctricos en este siglo, el papel crucial o infraestructural de la industria en la economía del país, aconseja ahora su privatización en países endeudados si se quiere que continúe el crecimiento económico" (TENENBAUM, LOCK y BARKER, 1992: 1135).

Como ha subrayado O'NEILL (1994), la entrada de inversiones extranjeras también puede promover la transferencia de tecnología desde los países más avanzados.

C) Capacidad e incentivos para utilizar la combinación eficiente de insumos.

Las empresas de propiedad estatal operan bajo una presión política constante para utilizar combinaciones de insumos que no serían elegidas por gerentes maximizadores del beneficio. Estas empresas han demostrado repetidamente una tendencia a mantener plantillas infladas¹⁷, y se ven forzadas también a favorecer el uso de otros insumos por consideraciones políticas¹⁸. Es de esperar que una gestión privada que respondiera a la vez

¹⁶ La "acción dorada" británica y el "núcleo duro" francés han servido especialmente para impedir el control en la empresa privatizada por una parte inaceptable para el gobierno. Véase GRAHAM y PROSSER (1991: 138-174).

¹⁷ Véase, por ejemplo, PINT (1991); ZANK (1991); TENENBAUM, LOCK y BARKER (1992). Las empresas eléctricas británicas han reducido sus plantillas en un 60% tras la privatización (FERNANDEZ VALBUENA, 1996: 249).

¹⁸ Este tipo de consideraciones ha llevado a la generación eléctrica en el Reino Unido a utilizar más

a sus propios incentivos directos y al dictado de maximización de beneficios de los mercados de capital, y que estuviera aislada de la intervención del gobierno en sus operaciones del día a día, llevaría a cabo su producción a un coste significativamente más bajo para la sociedad.

D) Capacidad de adaptación a cambios en el futuro.

Muchas industrias de infraestructura cambian a lo largo del tiempo en aspectos importantes. Pueden señalarse dos tipos de cambios relevantes: cambios en la tecnología de producción y distribución de un sector en concreto y cambios en las condiciones de competencia a que se enfrentan los productores en un sector determinado. (La primera clase de cambio puede conducir a la segunda). Ambas -quizá especialmente la primera- pueden tener tal impacto sobre el bienestar que resulta muy recomendable una política que facilite y permita la eficiencia dinámica, incluso aunque no sea la política que alcance el nivel más elevado de eficiencia estática¹⁹.

El caso del cambio tecnológico ofrece quizá el ejemplo más llamativo. Supongamos que existen innovaciones en el proceso de producción que rebajarían extraordinariamente los costes pero que entrañarían también cierto riesgo de fracaso. Supongamos además que este riesgo, o las consecuencias del fracaso, son lo suficientemente pequeños como para que la maximización del bienestar social aconsejara que la empresa incorporase la innovación. ¿Qué forma de propiedad, pública o privada, se adaptaría con más probabilidad?

La respuesta parece evidente. Los gestores privados pueden enfrentarse a incentivos inadecuados para innovar si los reguladores gravan inmediatamente parte del beneficio de una innovación que tiene éxito. Pero al menos con la propiedad privada existe un importante grupo -los accionistas- que están a favor de las innovaciones que incrementan los beneficios a través de una reducción de los costes. Por el contrario, el único incentivo a que se enfrentan los gerentes públicos para una innovación procede del deseo del ministerio correspondiente de obtener un déficit presupuestario menor -probablemente un estímulo decididamente menos poderoso²⁰-.

carbón y más energía nuclear de lo que hubiera prescrito la minimización de los costes, ROBINSON (1993).

¹⁹ Por supuesto, ésta es una idea más estrechamente asociada a JOSEPH SCHUMPETER (1942).

²⁰ "En década recientes, muchos economistas han vuelto a la opinión schumpeteriana de que la ventaja de la economía de mercado (en relación con sus alternativas) descansa más en el hecho de facilitar la actividad innovadora que en su eficiencia asignadora. El sistema de planificación centralizada es probablemente deficiente en ambos aspectos, pero sus deficiencias parecen ser mucho mayores en el área de la innovación que en cuanto a eficiencia asignadora... La actividad innovadora acarrea habitualmente un alto riesgo de

E) Capacidad de mantener la regulación.

Un cambio en las condiciones de competencia a que se enfrenta una industria de infraestructura puede tener también importantes implicaciones para el bienestar. Varios sectores que fueron regulados en un momento dado en Estados Unidos fueron posteriormente desregulados como consecuencia de la aparición de competencia. (Dos buenos ejemplos son los ferrocarriles y las telecomunicaciones a larga distancia). Las empresas de propiedad privada sometidas a regulación pueden, por supuesto, resistir esta competencia y pueden utilizar el proceso regulador para ponerle trabas (como ocurrió en los dos casos mencionados), pero parece evidente que una empresa de propiedad estatal estará en mejores condiciones a la hora de resistir y que utilizará con mejores resultados la fuerza del gobierno para hacerlo²¹.

F) Reestructuración empresarial en la Unión Europea.

Pablo ISLA (1997: 101) expone una perspectiva interesante al indicar que además de las consideraciones genéricas a favor de la eficiencia, las privatizaciones deben responder a algunos planteamientos específicos en el ámbito de la Unión Europea y menciona en concreto la necesidad de preparar las empresas estratégicas de servicios públicos para la reestructuración de alcance europeo que la Comisión predice una vez entre en funcionamiento la Unión Monetaria.

Pues bien, ante este proceso de reestructuración, que va a desarrollarse en la Unión Monetaria en la búsqueda de la eficiencia de una mayor escala que permita la confrontación con los desafíos de la globalización, los países que dispongan de unos sectores industriales y de servicios autónomos y privados van a disponer de una ventaja comparativa de envergadura. A nadie se le escapa la dificultad de negociar una fusión transeuropea entre una sociedad pública y una privada, la complejidad de definir el esquema de gobierno de la futura sociedad o la regulación de las intervenciones públicas en su gestión.

Por lo tanto, ante el proceso de fusiones y adquisiciones que se va a generar, aquellas economías con un menor sector público empresarial, dispondrán de un margen de maniobra superior para resolver el desafío de las economías europeas en los próximos años... sin embargo, nos estamos encontrando la situación (que analizaremos más

fracaso y las burocracias normalmente son incapaces de proporcionar incentivos poderosos... que induzcan a algunas personas a convertirse en empresarios en economías de mercado". [CLAGUE (1992:3)].

²¹ "Las empresas públicas tienen una ventaja comparativa en relación con las empresas privadas en la captura reguladora, en la cual la industria captura aquellas partes del proceso legislativo que pueden protegerla de la competencia" NEWBERRY (1992: 18).

adelante) de que son precisamente algunas empresas públicas las que están absorbiendo a empresas privadas de otros países...

G) Conclusión.

Creemos que todos los factores analizados hasta el momento -nivel de las tarifas, capitalización, eficiencia operativa estática y eficiencia en la asignación dinámica- hablan en favor de la privatización de las industrias de infraestructura en las que se apoya la prestación de los servicios públicos económicos.

II. ESTRUCTURA COMPETITIVA DE MERCADO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Miguel Ángel FERNANDEZ ORDOÑEZ (1996, 1997) incluye entre las técnicas de liberalización la necesidad de una estructura de mercado competitiva. Efectivamente, si no hay un número mínimo de jugadores no hay juego o el juego no consigue alcanzar un dinamismo suficiente: el desarrollo de la competencia requiere rivales y rivalidad en el mercado para que surjan incentivos al descenso de los precios, al aumento de la calidad, a la diversidad de productos y servicios, a la innovación, etc.

Al analizar las técnicas de neo-regulación, ya se ha expuesto que, en los servicios con infraestructura de red, resulta absolutamente imprescindible separar la gestión de las redes de los negocios de producir y vender. Sin esta separación entendemos que no puede desarrollarse la competencia y el mercado. Ahora bien, la cuestión que ahora planteamos es distinta y adicional: efectuada la separación de actividades ¿puede resultar necesario que la Administración intervenga sobre la estructura empresarial, por ejemplo, imponiendo a determinadas empresas que vendan activos y pierdan cuota de mercado, de forma que aumente el número de empresas competidoras?.

1. El problema: competencia insuficiente tras la liberalización.

El planteamiento de posibles medidas de intervención administrativa, para lograr un mercado con una estructura empresarial competitiva, surge a raíz de aquellos procesos de privatización-liberalización, tras los cuales algunas empresas detentan una posición de dominio del mercado. Expondremos dos ejemplos significativos: los de las industrias del gas y de la electricidad del Reino Unido.

A) El caso de British Gas: problemas de estructura.

British Gas fue privatizada como una sola compañía en 1986, manteniendo su integración vertical de actividades, por lo que mantuvo su posición de monopolio. El Tesoro obtuvo 9.500 millones de dólares por la venta de participaciones a 1,7 millones de accionistas. Aunque se creó OFGAS, como organismo independiente para evitar los abusos de la posición de dominio, el planteamiento de la competencia en la Ley del Gas de 1986 fue restrictivo: sólo se permitió la entrada de nuevos suministradores en el denominado "mercado de contratos" abierto para los grandes consumidores industriales y comerciales. Ni siquiera en este sector surgió una competencia efectiva²².

VELJANOVSKI (1989: 29) criticó que British Gas representaba el colmo de la especulación con un monopolio en el programa de privatizaciones; lo cual, unido a la publicidad sobre el mal servicio de British Telecom a los usuarios, creó una fuerte reacción de los consumidores y de los políticos contra las privatizaciones monolíticas del tipo British Gas.

El problema que se planteó tras la privatización fue que British Gas continuaba comprando la totalidad del gas, y además controlaba la red de transporte. La ley había abierto el mercado a los consumidores de más de 70.000 metros cúbicos anuales y cualquier competidor podía usar unos gasoductos que se habían pagado con el dinero de los contribuyentes, pero nadie excepto British Gas disponía de combustible; en consecuencia, la competencia se quedaba en un puro formalismo.

A iniciativa de OFGAS, de la Comisión de Monopolios y Fusiones y del Director General de Comercio comenzaron a arbitrarse una serie de medidas para poner fin al monopolio y permitir que los competidores pudieran acceder al mercado de forma justa y equitativa. Se exigió que British Gas publicara sus precios comerciales e industriales, que redujera a un 40 por ciento su cuota, tanto en el mercado industrial como en el comercial, y que limitara sus compras de suministros del Mar del Norte a un 90 por ciento de cualquier nuevo yacimiento de gas. Además en 1992, el umbral para la competencia se redujo de 70.000 a 7.000 metros cúbicos. Como compensación, se permitió que BG incrementara su cuota de mercado hasta el 53 por ciento.

Estas decisiones no pasaron desapercibidas para las principales compañías petrolíferas del mundo ni para las compañías eléctricas regionales que inmediatamente decidieron entrar en el mercado.

²² OGUS (1994: 292).

Mientras se producía esta avalancha competitiva en 1992, BG elevaba sus quejas al Gobierno, alarmada por las restricciones que se había impuesto a su actividad. En 1993, el Gobierno, tras un informe de la Comisión de Monopolios y Fusiones, decidió que British Gas debía separar sus actividades de transporte y comercial, y que la liberalización del mercado concluiría en 1998.

Para llevar adelante la efectiva liberalización del mercado se promulgó en 1995 una nueva Ley del Gas, que imponía la *separación de actividades* y un sistema más amplio de licencias. Hoy son tres los tipos existentes: *transportistas* o propietarios de un gasoducto que llevan el gas cobrando un precio; *expedidores* o intermediarios que compran el gas al por mayor y se ponen de acuerdo con el transportista para que éste lo haga llegar a sus clientes; y *suministradores* o empresarios que suscriben un contrato para facilitar el gas a sus clientes, lo compran al expedidor y lo facturan al cliente.

British Gas desmontó su estructura regional y constituyó cinco partes independientes. El negocio del gasoducto pasó a denominarse Transco y se independizó internamente el negocio del suministro, que ahora se conoce como British Gas Trading (BGT).

British Gas acometió la separación de actividades dividiéndose en dos nuevas personas jurídicas: *BG Plc*, que incluye a Transco y al negocio de explotación y producción de petróleo en Ultramar, y *Céntrica*, que incluye a British Gas Trading, los yacimientos de gas de Irlanda del Norte y sus empresas de ventas y servicios.

Transco, la división de gasoductos de British Gas, es el mayor transportista con diferencia, y a pesar de que hay otros cuatro titulares de licencias de transporte, Transco ostenta, de hecho, el monopolio. Esta situación podría originar una utilización desigual del sistema de gasoductos, por lo que OFGAS y Transco elaboraron el Código de la Red, un conjunto de normas comerciales que todo usuario del sistema debe suscribir antes de acceder al sistema de transporte. Además, para impedir que se produzcan distorsiones en el mercado, Transco y los demás transportistas no pueden gozar de licencias de expedidor ni de suministrador.

Mientras la competencia estuvo limitada a 400.000 consumidores, Transco equilibraba los accesos y salidas del sistema de transporte cobrando a fin de mes a los correspondientes suministradores. Pero como consecuencia del proceso liberalizador se incrementó enormemente el número de usuarios -19 millones actualmente-, y la responsabilidad de equilibrar pasó a los expedidores que utilizan el gasoducto de Transco.

Los suministradores son el último eslabón de la cadena y, dado que tienen contacto directo con los consumidores nacionales, su licencia incluye una serie de estipulaciones de carácter social. Deben realizar comprobaciones especiales de seguridad a petición de, por

ejemplo, jubilados o personas incapacitadas; no pueden cortar el suministro de gas en época invernal a una persona en edad de jubilación; y si alguien tiene dificultades para pagar la factura, el suministrador no puede simplemente cortar el abastecimiento, sino que debe ofrecer su ayuda para liquidar la deuda. En estos casos, una fórmula empleada comúnmente en el Reino Unido, tanto por las compañías del gas como por las eléctricas, es la instalación de contadores de pago adelantado, en los que el usuario introduce sus monedas antes de recibir el suministro. Este sistema ha reducido en los últimos años a menos de la mitad el número de desconexiones de la red.

En un mercado competitivo es lógico que las compañías quieran asegurarse los mejores clientes y, en consecuencia, rechazar a los mal pagadores. Para reducir al mínimo esa selección, la licencia del suministrador incluye la condición de que no podrá negarse a suministrar gas a nadie que lo solicite a no ser que tenga una importante deuda con su anterior suministrador.

Con la normativa aprobada en noviembre de 1995 se siguió avanzando en el proceso liberalizador. A partir de 1995 la completa liberalización, con posibilidad de elección para el consumidor doméstico, fue implantándose por regiones, hasta que en 1998 se llega a una liberalización completa, en la que 19 millones de clientes tienen libertad de elección de compañía suministradora de gas. Doce nuevas compañías entraron en el mercado, todas ellas con tarifas menores a las de British Gas, en algunos casos de casi un 20 por ciento. En estas condiciones, cerca de 30.000 personas cambiaron inmediatamente de suministrador, para después estabilizarse el paso de British Gas a otras compañías en torno a 2.500 usuarios semanales. Según los últimos datos, 120.000 personas -algo más del 20 por ciento- habían optado por el cambio²³.

Los efectos de las medidas adoptadas en 1992 y de la nueva Ley del Gas de 1995 han sido importantes en la reducción de precios (32 peniques/termia, enero 1988, a 15 peniques en enero 1996, para el mercado industrial y comercial) y de la cuota de mercado de British Gas: en octubre de 1989 la cuota de BG era del 100% en los consumos superiores a 2.500 termias. En el mismo mes de los siguientes años, la cuota de BG frente a sus competidores ha evolucionado de la siguiente forma: 1993: 65-35%; 1994: 55-45%; 1995: 25-75%; 1996: 25-75%.

En opinión de Clare SPOTTISWOODE (1997), Directora General de OFGAS, la experiencia ha demostrado que la liberalización efectiva requiere: la separación del monopolio natural de los negocios competitivos, evitar la discriminación por las compañías dominantes, a través de la transparencia de las condiciones de los contratos y de

²³ Cfr. Chris WEBB (1997)

que los precios diferentes estén justificados por costes diferentes; y la existencia de una Autoridad reguladora independiente y eficaz.

B) La reestructuración de la industria eléctrica inglesa: problemas de conducta.

La experiencia negativa obtenida con las "privatizaciones monolíticas" de British Telecom y de British Gas hizo cambiar de planteamiento en la reforma de la industria eléctrica. El objetivo financiero de la privatización quedó relegado: de hecho, las centrales se privatizaron en un precio muy inferior al de su valor contable; y se situó en primer término el objetivo de la competencia y de la eficiencia económica. En opinión de FOSTER (1992: 133), sin duda alguna, éste es el mayor esfuerzo realizado por un gobierno para introducir competencia en un sector de monopolio natural; un esfuerzo ambicioso en el sentido de que los problemas técnicos a superar para introducir la competencia fueron enormes.

La antigua entidad de producción y transporte (Central Electricity Generating Board), a diferencia de British Gas, fue "desguazada": las redes y la actividad de transporte fueron encomendadas a National Grid Company; y las centrales de generación se repartieron entre National Power (48%), PowerGen (30%) y Nuclear Electric (16%)²⁴. Las distribuidoras locales se adjudicarían a doce empresas (Regional Electricity Companies, RECs). Como ya observó Centro VELJANOVSKI (1989: 35), el problema de esta reforma estructural de la generación eléctrica en Inglaterra y Gales consistía en que echaba las semillas de la colusión y del abuso monopolístico: las ganancias potenciales de la colusión serían altas puesto que la electricidad no tiene sustitutos y la curva de la demanda es inelástica con referencia al precio. De hecho, durante los primeros años de funcionamiento del mercado de generación (el Pool), la OFFER, el regulador eléctrico, determinó la existencia de pactos colusorios entre los generadores para manipular los precios. En 1994, su Director S.LITTLECHILD obligó a las compañías a vender centrales, de forma que redujeran su cuota de mercado. En 1997, debido a las actuaciones de la OFFER y a la entrada de Productores Independientes, las cuotas de mercado habían sufrido modificaciones importantes: National Power ha pasado del 48% inicial a un 27%; Power Gen del 30% al 22%; Nuclear Electric ha pasado del 16% al 23%; los Productores Independientes han alcanzado una cuota del 19%; y los intercambios con Escocia y Francia representan el 9%.

²⁴ El 6% restante de la generación en 1989 provenía de los intercambios con Escocia y con Francia.

C) Evaluación del problema.

A la vista de cómo han evolucionado las industrias británicas del gas y de la electricidad desde su liberalización pueden hacerse algunas observaciones. En el caso del gas, el problema de competencia fue de estructura: la reforma de 1986 no separó las infraestructuras lo que permitió a British Gas abusar de su posición dominante; sin embargo, tras la separación de actividades impuesta por la Ley de 1995, puede decirse que ha aparecido un mercado competitivo, tanto por la distribución de la cuota de mercado como por las importantes reducciones de precios.

En el caso de la electricidad, entendemos que el problema no ha sido tanto de estructura como de conducta: la reforma de 1989 separó las distintas actividades y definió correctamente su régimen jurídico. De hecho, nada ha impedido la entrada en el mercado de nuevos competidores. La manipulación de los precios del Pool, a través de acuerdos colusorios explícitos e implícitos, durante una etapa transitoria de dominio del sector de la generación, constituyó una conducta contraria a la competencia.

A nuestro juicio los problemas de competencia deben ser objeto de un análisis claramente diferenciado: los problemas de estructura debidos a no independizar y neutralizar la gestión de las redes solamente tienen solución mediante una reforma drástica que separe las actividades. Por el contrario, una vez separadas las actividades, los problemas de conducta anticompetitiva facilitada por una posición de dominio, deben situarse en una perspectiva temporal que valore la posibilidad efectiva de entrada de nuevos competidores, que minarán la posición de dominio que, entonces, será transitoria. De ahí, que la solución no tenga que ser de cirugía estructural, sino de represión de las conductas anticompetitivas; y muy especialmente de mejorar y adaptar el modelo de regulación.

La cuestión nos parece sumamente delicada e importante: el tamaño de las empresas de servicios públicos, que atienden los sectores estratégicos de la economía (energía, comunicaciones, transportes), tiene implicaciones económicas, tecnológicas y financieras trascendentales, especialmente si se tiene en cuenta que, tarde o temprano, el mercado relevante será el Mercado Interior Europeo²⁵.

²⁵ Lucía LOPEZ DE CASTRO y Gaspar ARIÑO (2001) acaban de dedicar un excelente estudio a analizar específicamente la necesaria adaptación del Derecho de la Competencia a los servicios públicos.

2. ¿Cual es el bien jurídico protegido por el Derecho de Defensa de la Competencia?

A) Controversias sobre el Derecho de la Competencia.

La cuestión que acabamos de plantear no es fácil de resolver a la luz del Derecho de la Competencia. Especialmente en un momento en que los economistas²⁶ reconocen la existencia de importantes controversias sobre la definición de qué prácticas atentan efectivamente contra la competencia. José María BAÑO (1996: 15) expone que no existe una noción de competencia universalmente aceptada, lo cual conduce a la ambigüedad y la vaguedad de los tipos normativos empleados por el Derecho de la Competencia y a otorgar un margen muy amplio de apreciación a la Administración. Esto resulta profundamente insatisfactorio para las más elementales exigencias del principio de legalidad. El propio Miguel Angel FERNANDEZ ORDOÑEZ (1995: 18) ha indicado que "también hay que preocuparse de que los órganos que defienden la competencia no se conviertan en otro tipo de intervencionismo perjudicial al funcionamiento del mercado, y para evitarlo es importante que quienes lo aplican sean muy sensibles a las virtudes de la libertad de empresa".

Arthur SHENFIELD (1983:9) entendía que la multiplicación de las reglas del juego podía acabar entorpeciendo y que la complejidad de la regulación económica (y las normas de defensa de la competencia lo son) dificulta la competencia: la cuestión es si el Derecho Antitrust es parte de las reglas del juego o constituye una manifestación del dirigismo estatal que coarta la libertad.

Ahora bien, más allá de las críticas a los excesos y deficiencias del Derecho de la Competencia, resulta evidente que en sectores poco o nada acostumbrados a la competencia resulta imprescindible un Derecho Público de Defensa de la Competencia²⁷, que invista de poderes efectivos a Autoridades independientes y especializadas (Comisiones reguladoras sectoriales, Tribunal de Defensa de la Competencia), con capacidad para facilitar el desarrollo de la competencia y evitar o reprimir las prácticas restrictivas.

²⁶ Vid. por ejemplo STIGLITZ (1993: 514).

²⁷ Vid. CASES PALLARES (1995), BAÑO LEON (1996), SORIANO GARCIA (1998) , LOPEZ DE CASTRO y ARIÑO (2001).

B) El paradigma austriaco.

En una época de profundas y constantes transformaciones tecnológicas y del ámbito de los mercados, nos parece que debe, al menos, tomarse en consideración la perspectiva de la Escuela Austriaca sobre la competencia. Desde luego, para los juristas presenta la innegable ventaja de constituir un cuerpo de doctrina económica coherente y comprensible (!), en el que los aspectos jurídicos siempre han merecido una importante atención, y que permite llegar a conclusiones jurídicas bastante claras y, además, operativas²⁸.

El análisis de los autores que se sitúan en la línea de pensamiento de la Escuela Austriaca, desarrollando los planteamientos de MISES y de HAYEK, centra su crítica en el concepto de competencia defendido por la Escuela Neoclásica, en cuanto situación estática de equilibrio perfecto, suponiendo la existencia de completa información en los agentes del mercado, en el que operan (también se supone) un número infinito de compradores y vendedores para cada producto o servicio. Como señala Colin ROBINSON (1997), la aceptación de este concepto por la política económica tiene consecuencias trascendentales: la propuesta del estado de equilibrio con competencia perfecta conduce a buscar "las imperfecciones" y "fallos" de los mercados y, acto seguido, a la propuesta de intervenciones administrativas para corregir esos fallos. De hecho, como todos los mercados del mundo real parecen imperfectos desde la perspectiva del ideal de competencia perfecta, las posibilidades para la intervención administrativa resultan virtualmente ilimitadas. Sin embargo, las críticas al enfoque de los "fallos del mercado", efectuadas por las Escuelas de Chicago y de la "Elección Pública" (Public Choice), han puesto de manifiesto que el gobierno también tiene "fallos" y que puede razonablemente asumirse que la acción administrativa para remediar los fallos del mercado puede adolecer de fallos todavía peores. Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente conceptual la principal crítica ha sido el enfoque de la Escuela Austriaca de que la competencia no puede ser considerada como un estado sino como un proceso constante y continuo que tiene lugar en el tiempo.

Según KIRZNER (1997: 46ss), el enfoque neoclásico y el austriaco coinciden en que la competencia es necesaria, pero en nada más. El principal contraste se da en el conocimiento: para la teoría neoclásica, constituye un requisito previo, pues sin conocimiento completo a través del mercado la competencia es imperfecta. Sin embargo, para la teoría austriaca del descubrimiento empresarial, la competencia constituye el proceso a través del cual el conocimiento es descubierto y comunicado (HAYEK). Frente

²⁸ Entre los estudios que presentan un innegable interés y utilidad y que analizan los problemas del Derecho de la Competencia podemos citar: SHENFIELD (1983), LEPAGE (1983), LAMSDORFF (1989), ARMENTANO (1996), CARSBURG (1996), KIRZNER (1997, 1998), LITTLECHILD (2000), STLELZER (2001).

al concepto de un estado de equilibrio perfecto, la teoría austriaca defiende un concepto dinámico de la competencia, en cuanto proceso a través del cual los estados las situaciones de desequilibrio son gradualmente modificados en dirección al equilibrio. Nos encontramos ante la diferencia entre un estado imaginario de información completamente alcanzada a través del sistema y un proceso de descubrimiento, a través del cual tanto las actividades como la información mutua se van coordinando mejor. En esta perspectiva, la competencia dinámica y la función empresarial (descubrimiento e iniciativa) (MISES) son dos caras de la misma moneda.

La teoría austriaca de la función empresarial permite a KIRZNER (1997: 49) llegar a la conclusión de que la competencia sólo puede limitarse: por la acción del Gobierno, restringiendo la entrada en el mercado; o por la propiedad exclusiva de un agente de recursos únicos y escasos, que hace a su titular invulnerable frente a la entrada de competidores. En definitiva, la defensa de la competencia consiste en mantener abierta la entrada en los mercados²⁹.

²⁹ Vid. El planteamiento coincidente en algunos aspectos de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000:103).