

Actualidad Legislativa

Por Sandra Marco Colino, profesora de la Universidad China de Hong Kong y miembro del Consejo Académico de Dictum.

¿Qué tiene de “hipster” el Derecho de la competencia?

El Derecho de la competencia (o “antitrust”) en Estados Unidos atraviesa una crisis de identidad¹. A nivel mundial, la disciplina ha crecido enormemente en los últimos 25 años. Son ya más de 130 las jurisdicciones que han aprobado algún tipo de normativa con el fin de proteger la competencia de las amenazas del poder de mercado no sujeto a restricciones legales. No obstante, en EE.UU. el antitrust flaquea hasta tal punto que, según el ya jubilado juez conservador Richard Posner, se lo puede dar por muerto². Curiosamente el Sherman Act, estatuto aprobado por el Congreso estadounidense en 1890, es la piedra angular de esta rama del Derecho. Supone la legislación más antigua contra la competencia desleal que se mantiene en vigor en la actualidad. Sin embargo, el número de litigios que hacen referencia a esta ley ha menguado, y en los pocos casos que llegan a juicio las posibilidades de éxito de la parte demandante son escasas. Igualmente, las cifras relativas a las acciones emprendidas por las agencias estatales que velan por el cumplimiento de la ley son muy inferiores a las de la década de los 70. Para Edward Hughes, el antitrust estadounidense es tan permisivo que ha caído en la irrelevancia³.

El cisma ideológico subyacente no es nuevo. Ya en 1986 Eleanor Fox hablaba de dos frentes en la batalla por el alma del Derecho de la competencia: uno que defiende que los mercados funcionan mejor cuando la ley les da rienda suelta, y otro que cree que es necesario intervenir para prevenir abusos de poder de mercado y proteger la innovación a largo plazo⁴. La primera postura coincide con la de la Escuela de Chicago (a la que pertenece Posner), que ve en la eficiencia económica la única finalidad de esta rama del Derecho. La segunda es defendida por la Escuela de Harvard, que aboga por la imposición de límites al poder de mercado. La obra más representativa de la Escuela de Chicago es sin duda *The Antitrust Paradox* de Robert Bork⁵. Según Bork, el mercado por sí solo es (casi siempre) capaz de lograr resultados procompetitivos. El poder de mercado no supondría ninguna preocupación, sino que sería la recompensa a la eficiencia. Estas premisas le fueron como anillo al dedo al gobierno de Ronald Reagan (1981-1989), que aprovechó para modificar la hasta entonces severa política de competencia estadounidense, acercándola a ideales neoliberalistas. Fue así como Chicago ganó, y comenzó el declive de la relevancia del Derecho de la competencia que, según las voces

críticas con esta tendencia, hizo olvidar el espíritu de la ley y la voluntad del Congreso al aprobarla.

Cuatro décadas después, parece que la laxa interpretación de Bork del Sherman Act no ha dado los frutos esperados. Bork asumió que el crecimiento de las empresas conllevaría beneficios para todos, pues se crearían más puestos de trabajo y aumentarían los sueldos. Sin embargo, las estadísticas no reflejan tal tendencia. La concentración en los mercados ha crecido estrepitosamente, y penetrar en ellos se ha complicado⁶. Las diferencias de ingresos han ido in crescendo, y la riqueza generada no se ha repartido, sino que se ha quedado en manos de unos pocos. La crisis económica de finales de los 2000 y la Gran Recesión que le siguió no han hecho más que agravar tal situación.

Dos casos de este año (2018) son particularmente ilustrativos. En el primero, *Ohio v American Express*⁷, el Tribunal Supremo estadounidense no consideró ilegal la prohibición impuesta por American Express sobre los comerciantes con respecto a informar al cliente del dinero que podría ahorrar utilizando un método de pago alternativo. Cuesta ver la eficiencia de tal medida. En el segundo caso, un juez dio luz verde a la fusión entre el gigante de telecomunicaciones AT&T y la compañía mediática Time Warner⁸. El gobierno había argumentado que la fusión reduciría drásticamente la competencia y tendría efectos nocivos para los consumidores. No obstante, el juez se fio por completo de las partes, que alegaron que podrían funcionar de manera más eficiente al unirse.

Es en este contexto en el cual ha surgido un nuevo clamor doctrinal a favor de una política de competencia más vigorosa, capaz de solventar los problemas para los que se ideó el antitrust. Esta

visión implicaría desempolvar la preocupación en torno al poder de mercado de los 70. El juez Louis Brandeis, ideario del programa Nueva Libertad de la campaña electoral del presidente Woodrow Wilson, ya advirtió a principios del siglo XX de los peligros asociados al poder de las grandes empresas. Es por ello que el movimiento “revival” ha sido bautizado Nueva Escuela Brandeis, aunque sus críticos le hayan puesto un nombre mucho más pegadizo: “hipster” antitrust. Para los hipsters, el poder de mercado alimenta la desigualdad social, ya que puede ser un “poderoso mecanismo para transferir riqueza” de las clases media y trabajadora a la minoría más privilegiada⁹. Dicho de otro modo, la Nueva Escuela Brandeis defendería la importancia de valores como la justicia y la protección de los consumidores en la aplicación del Derecho de la competencia, pese al coste que ello conllevaría en términos de seguridad jurídica. Esta postura escandaliza a los representantes de la Escuela de Chicago, incomodados por la idea de abandonar los sencillos postulados de Bork que, desde su punto de vista, permiten evitar la arbitrariedad en la aplicación de la ley.

Sería ingenuo pensar que el Derecho de la competencia podría, por sí solo, ser capaz de erradicar estos graves problemas sociales, cuyas causas son múltiples y diversas. Lo que pretenden estos críticos de Chicago es que la política de competencia sea rediseñada de acuerdo con los objetivos originales de la ley, que parecen ser más ambiciosos que los actuales. Un pormenorizado estudio de Robert Lande ha sugerido que, en primer lugar, el Sherman Act se aprobó para evitar que las empresas robaran a los consumidores cobrándoles precios exorbitados, y en segundo lugar que tras su adopción había una considerable desconfianza hacia los monopolios, independientemente de que fueran fruto de

eficiencia o de conducta excluyente¹⁰. Tal interpretación de la ley requiere el desarrollo de una serie de principios que informen la aplicación de la ley más sofisticados de los actuales, que permitan identificar y combatir actuaciones nocivas, y que protejan a las víctimas de tales violaciones del sistema jurídico.

Es evidente que queda mucho por hacer. De momento, el movimiento hipster ha identificado algunas de las limitaciones del antitrust de Bork, pero no ha propuesto una alternativa a sus postulados que sea lo suficientemente sólida y viable. No obstante, la reflexión que ha suscitado sobre el estancamiento del Derecho de la competencia es extremadamente valiosa, y podría sentar los cimientos sobre los cuales se construya, en un futuro no muy lejano, una política antitrust más justa y con mayor conciencia social.

(October 2017) Competition Policy International Antitrust Chronicle, <https://pdfs.semanticscholar.org/516b/d19da229933930fffd22f5ec50a4943345ab.pdf>.

⁷ Ohio v American Express Co. 585 U.S. ____ (2018).

⁸ http://www.dcd.uscourts.gov/sites/dcd/files/17-2511opinion.pdf?mod=article_inline&mod=article_inline.

⁹ Lina M. Khan & Sadeep Vaheesan, "Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents" (2017) 11 Harvard Law & Policy Review 235.

¹⁰ Robert H. Lande, "A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice" (2013) 81 Fordham Law Review 2349.

¹ El presente artículo es un breve resumen de mi trabajo "The Antitrust F Word: Fairness Considerations in Competition Law", que será publicado por el Journal of Business Law en 2019. Se puede descargar en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3245865.

² Richard A. Posner, entrevista durante la conferencia "Hay un problema de concentración en América?", Stigler Center (27-29 marzo 2017), https://www.youtube.com/watch?v=JRCm_gJ2EOK.

³ Edwin J. Hughes, "The Left Side of Antitrust: What Fairness Means and Why It Matters" (2009) 77 Marquette Law Review 265.

⁴ Eleanor M. Fox, "The Battle for the Soul of Antitrust" (1987) 75 California Law Review 917.

⁵ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself* (1978).

⁶ Michael Trebilcock and Francesco Ducci, "The Multifaceted Nature of Fairness in Competition Policy"