

¿Protegen la Competencia las leyes Antitrust?*

Sylvester Petro**

SUMILLA

El presente artículo estudia el proceso de competencia y las actuaciones de los agentes del mercado que pueden distorsionar su buen funcionamiento, ya sea a través de monopolios, carteles y demás actos que lo único que provocan es desventaja para los consumidores. Todo ello a partir de la eficacia o no de Leyes Antitrusts como las que regulan el mercado de los Estados Unidos, en ese sentido, para la estimación de la eficacia de estas leyes *antitrust* nos señala varios ejemplos que servirán para su crítica hacia estas leyes.

Se piensa comúnmente que las leyes *antitrust* son instituciones que distinguen el sistema económico de Estados Unidos del resto del mundo no soviético. Se dice que si no fuera por estas leyes estaríamos ahogados por las cartelización, como en Gran Bretaña, Alemania o Francia.

En resumen, muchos creen que las leyes *antitrust* son responsables de que tengamos una sociedad competitiva. Proteger la competencia podría haber sido el objetivo alrededor de 1890, cuando se aprobó la Ley básica. Pero indudablemente para la pasada generación, las leyes *antitrust* no han funcionado para ese fin. En lugar de proteger han acabado dañando la competencia mediante una interpretación y administración cuestionable, al subsidiar y mantener competidores ineficientes.

Por competencia me refiero a una situación que existe cuando se observan las reglas básicas de la sociedad libre, cuando todos poseen los derechos básicos a la propiedad privada y la libertad de contratación. La competencia no es un modo de conducta que alguien tenga que promover institucionalmente. Se desarrolla natural y necesariamente entre personas que sean libres de perseguir sus propios intereses.

Sean cuales sean los intereses u objetivos personales de alguien (empresario, escultor o predicador), la consecuencia de perseguirlos es ponerle en competencia con todos los que comparten ese objetivo. Siendo este el caso, la preocupación por promover la competencia es como en el mejor de los casos una derivación de esfuerzos que podrían emplearse para proteger la propiedad privada y la libertad de contratación. Mi tesis es que hemos errado en la formulación y aplicación de las leyes *antitrust* en los Estados Unidos.

Una lista de las leyes

¿Cuáles son estas leyes? La primera es la Ley Sherman de 1890. Esta Ley hace que todo contrato o acuerdo en restringir el comercio y cualquier conspiración para monopolizar el mercado o el comercio en los Estados Unidos una falta. Después aparece la Ley Clayton de 1914, declarando ilegales ciertos tipos de contratos, como un acuerdo de ligadura o un contrato de venta exclusiva cuando el resultado pueda ser disminuir la competencia o tender a crear un monopolio.

* Traducido al español por Mariano Bas Uribe, el mismo que autorizó su publicación en la Revista de Derecho Administrativo N° 10 "Derecho de la Competencia".
Disponible en: <http://mises.org/Community/blogs/euribe/archive/2009/11/25/191-protecten-la-competencia-las-leyes-antitrust.aspx>

** Sylvester Petro (1917-2007) fue profesor de derecho y autor de varios libros sobre la historia de la política laboral en los Estados Unidos, incluyendo la política laboral de una Sociedad Libre, La huelga de Kohler, y la huelga de prensa Kingsport. Como profesor y director de la Universidad de Wake Forest, Instituto de Derecho y Análisis de Políticas, fue profesor de varias generaciones de estudiantes sobre la historia de los sindicatos, mientras que la defensa de la libre asociación y la libre contratación como esenciales para la comunidad libre y próspera. Fue miembro de la Sociedad Mont Pelerin y partidario del Mises Institute.

La Ley Clayton pretendía clarificar o concretar lo prescrito en la Ley Sherman. Normalmente se incluye entre las leyes antitrust la Ley de la Comisión del Comercio Federal que establece en general que los métodos injustos de competencia deben estar sujetos a persecución. Aunque las leyes de comercio justo son leyes de estados concretos, también forman parte de las leyes *antitrust*. Todas prevén que cuando se realiza un contrato entre el vendedor o fabricante de ciertos bienes y el detallista identificando un precio de venta específico, todos los compradores de esos bienes que conozcan el contrato principal están obligados a observar el precio incluido en este.

Estas leyes estatales de comercio justo aparecieron por las que creó decisiones desafortunadas bajo la Ley Sherman prohibiendo un contrato de mantenimiento del precio de venta entre un fabricante y un detallista.

Aunque no veo ninguna violación de la libertad de contratación si un detallista está dispuesto a vender al precio de venta estipulado por el fabricante, el Tribunal Supremo pensó que implicaba una restricción al comercio y sostuvo que esos contratos de mantenimiento de precio de venta eran ilegales.

Las condiciones de la depresión de 1933 impulsaron a muchos estados a aprobar leyes de comercio justo y el Congreso enmendó adecuadamente la Ley Sherman para validar esas leyes estatales.

Pero esas leyes ahora van mucho más allá de legitimar un contrato razonable entre un fabricante y un detallista: permiten que el fabricante y detallista fijen precios para todas las personas que lleguen a poseer los bienes en cuestión. Esa obligación sin consentimiento parece violar el principio de libertad de contratación, como consecuencia de haber llevado a la Ley Sherman a alcanzar un resultado anticompetitivo.

La Ley Robinson-Patman de 1936 es la última de las leyes antitrust dignas de mencionar aquí. En general, esta Ley prevé que el precio (que incluye cosas como gastos de publicidad y tasas de intermediación) para bienes de grado y calidad similar debe ser el mismo para todos los compradores, sujeto a estas disposiciones: (1) una discriminación de precios no es ilegal si puede demostrarse que no tiende a limitar la competencia o crear un monopolio. (2) Si el vendedor puede demostrar que sus costes de venta son menores para el comprador A que para el comprador B,

entonces puede cargar al comprador A un precio proporcionalmente menor. (3) Un vendedor puede discriminar a favor del comprador A si puede demostrar que tiene que bajar su precio en ese caso para igualar de buena fe la oferta de un vendedor de la competencia.

Igual que la Ley Clayton, la Ley Robinson-Patman pretendía especificar uno de los objetivos generales de la Ley Sherman.

El caso Northern Securities

Partiendo de esta breve explicación de las distintas leyes *antitrust*, procedamos a examinar cómo se han interpretado y usado. He mencionado antes que una consecuencia de la acción *antitrust* ha sido proteger a competidores ineficientes ante impedimentos de la competencia.

En otras palabras, las leyes *antitrust* se han pervertido pasando de una supuesta carta de libertad económica a un ataque demagógico a negocios grandes y exitosos con una especie de subsidio para comprar votos, no de los negocios pequeños, sino de los ineficientes.

Tanto histórica como doctrinalmente este proceso puede apreciarse en un famoso caso que afectó a los señores Hill y Harriman: el Caso Northern Securities. Hill y Harriman, después de lo que algunas personas calificaron una guerra financiera titánica, decidieron que les resultaría ventajoso fusionar un grupo de ferrocarriles que circulaban a lo largo de los estados del norte hacia el Oeste. Los ferrocarriles eran el Great Northern y el Northern Pacific.

Los Estados Unidos les demandaron bajo la Ley Sherman, acusándoles de una violación de las secciones 1 y 2 de la Ley, una combinación de restricción del comercio y un intento de monopolizar una cierta parte del comercio en el área de la Estados Unidos que cubrían estos ferrocarriles.

La decisión fue muy reñida. Una mayoría de un voto decidió que el holding violaba la ley *antitrust*. El Juez Harlan, abuelo del actual Juez Harlan escribió el razonamiento de la mayoría siguiendo estas líneas: al prohibir fusiones que restrinjan el comercio, lo que la Ley Sherman intentaba era ilegalizar cualquier restricción de la competencia.

Sin embargo estas compañías no competían en el 74% de sus negocios, había un solapamiento del 26% y cuando decidieron fusionarse ese 26%

se destruyó. Por tanto, hubo una restricción al comercio dentro del significado de la Ley Sherman.

Holmes tenía razón

El Juez Holmes, disintiendo, razonaba a partir del hecho de que la Ley no decía que cualquier reducción en el número de competidores sea una falta: decía que una fusión que restrinja el comercio es una falta. Argumentaba que como se habían usado las palabras “En restricción de comercio”, el tribunal tendría que haber empleado el sentido usual dado a estas palabras bajo la Ley civil: la teoría clásica de la interpretación.

Tenía razón. La suposición es, y tenía que ser (excepto en el caso de una especificación deliberada en contrario por parte del Congreso) que las palabras de cualquier estatuto se usen en el sentido de la ley existente. Holmes continuaba con un análisis exhaustivo de la Ley Civil relevante y apuntaba que no había nada en absoluto en su historia que implicara que esa fusión fuera una restricción del comercio.

En efecto, Holmes seguía diciendo: el Tribunal debe recordar que la regla que está usando en este caso es una regla que debe aplicarse por igual a todas las personas que realicen fusiones. Si se dice que estos dos ferrocarriles no pueden fusionarse porque compiten por el 26% de su negocio, debe decirse que dos ultramarinos que compitan por el 26% de su negocio no pueden fusionarse. Pasaría lo mismo con otras personas.

Además con este caso el Tribunal está estableciendo un precedente al efecto de que si una de estas personas comprara la parte del otro está violando la Ley. Sin pretenderlo, decía Holmes, la mayoría del tribunal está haciendo de la Ley Sherman tan destructiva de un de los principios esenciales de la sociedad en este país que es el derecho libre e inalienable a la asociación voluntaria.

Creo que Holmes tenía razón en este caso. Tenía razón tanto como analista de técnica legal como en sus predicciones. Establecida la premisa de que las fusiones voluntarias son malas, tenemos el fundamento para restringir un proceso de negocio normal y común en una economía basada en la libertad de contratación. Es el pan nuestro de cada día de los negocios y el capital.

Si una empresa piensa que sus negocios pueden ser más racionales si se combina con otra, fusiona o adquiere activos o acciones de otra corporación.

Aún así, cada vez que se hace esto, que es perfectamente normal, los participantes corren el riesgo de una acusación *antitrust*.

Debemos reconocer la naturaleza real de la amenaza aquí oculta. El hecho es que no toda fusión puede ser denunciada. Hay una imposibilidad física. Una economía de mercado no podría funcionar si se denunciara cada acción de este tipo.

Sin embargo, desde el punto de vista de la ciencia legal, la situación resultante es muy mala. En lugar de tener una norma legal universal aplicable por igual a todos los miembros de la sociedad en una competencia libre y abierta, lo que tenemos es una persecución selectiva.

La prueba política

¿Cuál es la base de selección? No hay ninguna base legal para la selección y si no tenemos una base de selección legal no arbitraria ¿cuál sería nuestra base?

La respuesta está muy clara. Va a ser política e ideológica. Y estas dos cosas han tendido a mezclarse inextricablemente durante los últimos 40 años más o menos.

Hay una gran preocupación con los tiempos de las grandes acusaciones *antitrust*: las acusaciones se realizan contra los fusionantes siempre que los demócratas o los republicanos quieren sacar provecho político demostrando lo duros que son con las empresas. Añádase a la mezcla la teoría marxista de que los negocios están destinados a hacerse cada vez más grandes hasta que todos estemos a merced de los monopolistas explotadores y tendremos las cualificaciones primarias para una acusación *antitrust*.

Primero, tiene que ser una gran empresa, lo suficientemente grande como para asustar a la gente. Y en segundo lugar, la ocasión tiene que ser propicia. ¿Qué iba a pasar a un país en el que el éxito en el mercado sea una señal para que los políticos le persigan, ansiosos por obtener el favor del público?

Es una pregunta importante, que aparece por la situación que prevalece hoy día. El peligro de demandas *antitrust* amenaza a cualquier empresa que se las arregle para crecer y producir más que sus competidores.

Sería realmente un alivio saber que cada empresa hace todo lo posible por obtener lo máximo que puede del mercado, que cada negocio se esfuerza por tener la mayor producción posible al coste más bajo y que, en resumen, se actúe de acuerdo con el bien público. Pero como hay tantos dispositivos intervencionistas, las varas de medir que ofrece un mercado libre dejan de estar disponibles. No podemos estar seguros de que un movimiento o un fracaso, por parte de un negocio, viene dictado por consideraciones económicas en respuesta a los deseos de la gente.

Demandas por Fijación de Precios

Continuando con los absurdos y frustraciones de las Leyes antitrust, podemos revisar las demandas bajo la Ley Sherman por fijación de precios. El famoso caso de Morton Salt se ocupaba de ello. Y ha habido muchas otras, quizá 30 ó 40 ante el Tribunal Supremo.

¿Pero cuál puede ser la consecuencia de un criterio de que un acuerdo de fijación de precios es ilegal? ¿Qué se puede hacer si 20 empresas han acordado poner un precio concreto a un producto? Suponiendo que sea un producto homogéneo, ¿Cómo puede esperarse que 20 empresas vendan a 20 precios diferentes? Si A cobra 98 centavos, B 1 dólar y Z 1,26\$ ¿cómo va a vender algo Z?

Lo que pasa es que esas demandas no son nada más que ceremonias de promoción política de la postura de partido: "¡Cuidado con los empresarios!" Somos estupendos en reprender al empresario por hacer lo que es tan natural en él como respirar.

La función del mercado es encontrar el precio correcto, llevar bienes en competencia hacia el mismo precio y deshacerse de los productores que no pueden llegar a dicho precio.

El caso del Cement Institute sirve de ejemplo. Por todo el país, los fabricantes de cementos presentaban ofertas idénticas hasta el quinto decimal y el Tribunal Supremo pensó que esto era completamente imposible sin alguna conspiración maliciosa. Pero si esto parece increíble, trate de vender cemento a una fracción de centavo más caro de lo que pide la competencia. Cuando los precios del cemento empiezan a mostrar variaciones será el momento de buscar colusiones o conspiraciones.

La Ley es culpable

Así que descubrimos que la misma Ley Sherman, la Ley básica antitrust, se ha usado y se usa, no para promover y mantener la competencia, sino para desanimar a las empresas más capaces de operar al límite de sus capacidades. Añádase a esto las disposiciones de comercio justo y la Robinson-Patman para perjudicar a los comerciantes más grandes y eficientes y no podemos evitar la conclusión de que las llamadas leyes antitrust son realmente anticompetencia y antisociales. Nos llevan hacia una estructura industrial rígida e inflexible que interfiere en el libre juego de las fuerzas de mercado.

Por qué funciona el mercado

Ya he mencionado algunos requisitos importantes para el funcionamiento de una sociedad libre para el juego libre de la fuerzas del mercado. El derecho a la propiedad privada es uno. La libertad de contratación es otro. Más allá de estos está la necesidad de entender mejor el proceso del mercado, más fe en él y menos miedo de él.

El mercado funciona a causa del deseo del hombre de beneficios, de obtener más de lo que pone. La formación y uso de capital descansa en esta premisa. La gente actúa para mejorar, aumentar sus ganancias, disminuir sus pérdidas. Y la mejor oportunidad de ganancias reside en la producción de bienes que quieran otros, en servir a los demás. Esto significa que el motivo del beneficio tanto moral como económicamente sensato.

El juego libre de las fuerzas de mercado también pide la libertad de comercio. Las políticas de libre comercio son las más efectivas y exitosas de todas las posibles acciones antitrust. El libre comercio es el mejor tipo de freno a todas las formas de intervención gubernamental, incluyendo subsidios a granjeros, trucos monetarios o cualquier otra interferencia que nombremos.

Una de las características nefastas de hoy día es la gran preocupación por la paz y la armonía internacional mientras que al tiempo se erigen todo tipo de barreras al comercio. En el frente doméstico, disfrutamos de los logros productivos de la revolución industrial y reconocemos libremente las ventajas de la producción en masa a larga escala.

Pero parecemos obligados a tratar de detener la expansión de esas ventajas cuando se refieren a

la distribución y venta al por menor de esos bienes y servicios. Nuestros políticos cuentan cabezas y encuentran más pequeños vendedores que operadores de cadenas de tiendas. Así que dictan sus leyes de comercio justo y Robinson-Patman deliberadamente diseñadas como barreras para el desarrollo de métodos de distribución en masa que podrían significar una vida mejor para todos como consumidores.

Quizá esto solo refleje un temor general al tamaño en los negocios, un sentimiento que es mejor cuanto mayor sea el número de competidores. Un mercado libre competitivo no es una condición que requiera para su existencia gran cantidad de productores. Solamente requiere libertad para todo el mundo para producir cuando y como quieran. Si se diera la improbable situación de que en cierta línea de producción una sola empresa pueda satisfacer más económicamente a todo el mercado, entonces, por supuesto, tendríamos una situación que podría calificarse como monopolio.

Pero éste no es el aspecto del monopolio que teme la gente. Lo que realmente preocupa a la gente acerca del monopolio no es que una sola persona o empresa tenga control sobre un producto, sino que se haya usado fuerza, compulsión privilegios especiales para expulsar a otra gente.

Aquí es útil algo de historia. El monopolio se convirtió en un problema en el sistema legal anglo-estadounidense debido a su origen. El monopolio originado por la corona otorga a cierta gente privilegios exclusivos mantenidos por la fuerza del gobierno. La Reina Isabel otorgó un monopolio en la sal, los naipes y unas cuantas cosas más. Lo hizo sólo porque estaba insatisfecha por el hecho de que el Parlamento controlara las cuerdas de la bolsa en Inglaterra.

El Parlamento había insistido en el poder exclusivo de dictar impuestos, pero la Reina Isabel tenía ciertos fines y objetivos propios y el dinero que necesitaba para alcanzarlos vino de personas o grupos a los que se les otorgaron poderes de monopolio.

Por qué el Monopolio es malo

Es muy claro que esta situación no tiene nada que ver con el libre mercado, que no otorga ninguna franquicia exclusiva. Pero el mercado no impide un monopolio. De hecho, monopolio en un sentido puramente descriptivo y derecho a la propiedad privada son la misma cosa. Cada

uno de nosotros es un monopolista. Tenemos un control exclusivo de nuestra persona y todo lo que creemos legítimamente. Si creamos legítimamente la mejor y más eficiente empresa, tan productiva y tan eficiente que nadie pueda competir con ella, tendremos un monopolio en ese sentido descriptivo.

Pero no hay ningún daño social siempre que todos los demás tengan un derecho igual a producir. No puede haber ningún daño social porque el interés social reside en la producción más eficiente de bienes. En este sentido, el monopolio significa solo que la sociedad ha alcanzado ese fin. Una persona, una empresa, en un mercado libre competitivo ha probado ser más eficiente que cualquier otra. Todos los demás son libres de producir, si creen que pueden competir.

Tenemos un ejemplo bastante bueno de esto en la industria del automóvil de este país. La industria opera en un mercado tan libre como podemos tener esta economía imperfecta de mercado. Al contrario que otras industrias, esta no está plagada de una abrumadora actitud recelosa hacia las patentes. Cualquiera puede entrar en ella.

Pero hay más saliendo que entrando. ¿Hay algo drásticamente malo en esa industria en el sentido de que se produzca un daño social? Me parece que si somos justos, tendríamos que decir que las tres grandes de la industria del automóvil son simplemente mejores servidores públicos que los demás en este sector.

Hay una gran diferencia entre monopolio en el sentido descriptivo de ser el único productor y en el sentido explorador de utilizar la fuerza o la ayuda del estado para excluir la competencia. Lo último es algo que los hombres libres deben temer. Y deberían saber que el propio Tiberino es capaz de ser el que está detrás de este monopolio genuinamente antisocial.

Una acción Antitrust útil

Quiero aclarar que una parte de la política *antitrust* es en mi opinión de verdadera utilidad social. Es la parte correspondiente a boicots secundarios y otras prácticas opresoras y depredadoras que considero interferencias dañinas en el libre mercado.

Supongamos que 30 o 40 vendedores con un suministrador común lleguen a un acuerdo para evitar competir y dividirse los territorios. Aparece un intruso, un verdadero competidor, que quiere

comprar al mismo suministrador. Si los demás vendedores amenazan entonces con dejar de comprar salvo que el vendedor rechace negociar con el intruso, violarían las leyes *antitrust*, y yo creo que es así.

Aunque el mercado acabaría rectificando una situación así, podría producirse un daño sustancial entre tanto al intruso. Asimismo, dicha colusión podría llevar a una economía generalmente cartelizada, en perjuicio de todos. Así que no tengo objeciones a leyes *antitrust* como freno a boicots secundarios y otras acciones opresivas, aunque preferiría que esas prácticas abusivas estuvieran sujetas a demanda a través de las leyes civiles y no mediante una Ley especial.

En realidad, es raro que los empresarios recurran a boicots secundarios, siendo los infractores más flagrantes los sindicatos. Sin embargo, los sindicatos parecen ser inmunes a las demandas por esta parte de la política *antitrust* que podría ser socialmente útil.

Un programa positivo

Si yo fuera responsable de mantener la competencia en los Estados Unidos, no recurriría a la ayuda de las leyes *antitrust*. La Ley Civil ofrece toda la acción legal necesaria y su gran mérito es que la gente en circunstancias legales significativamente similares tiene que ser tratada de la misma manera. La política está excluida.

Un gran paso para preservar o restaurar la competencia en este país podría tomarse aboliendo el discriminatorio y anticapitalista impuesto progresivo de la renta, que se lleva la crema del capital riesgo: quita la munición a los competidores. No pueden competir sin munición como los boxeadores no pueden actuar con sus manos atadas a la espalda. Así que mi propuesta incluiría un plan para revocar los impuestos discriminatorios.

Otro punto de mi propuesta para preservar la competencia en Estados Unidos incluiría la

revocación de leyes que han otorgado tantos privilegios especiales y exenciones a los sindicatos y otros grupos de presión. En esto me reconforta el hecho de que el mejor de todos los estudiosos del derecho, Sir Henry Maine, llegó a la misma conclusión: un conjunto de leyes intrincado no es una señal de una sociedad compleja, sino de una sociedad primitiva.

La Ley Inglesa hasta cerca del final del siglo XVIII se caracterizaba por una red de leyes sensata y práctica que regulaban los asuntos más íntimos, especialmente cuando eran económicos. Había leyes fijando la cantidad de harina en el pan. Quien reparaba ruedas no podía reparar carros. Había leyes contra el acoso comercial, el acaparamiento y la reventa y así sucesivamente.

Alguien dijo que los hombres que miraban al futuro a finales del siglo XVIII y principios del XIX gastaban la mayoría de su tiempo eliminando leyes de los códigos y, como saben, el ímpetu hacia esa muy útil forma de conducta humana la proporción la teoría del *laissez-faire*.

La eterna tarea de la humanidad

Todo el que esté interesado en tener una sociedad libre, creo que debería dedicarse a divulgar las ideas de la libertad: dejemos que las detalladas medidas reales se preocupen de sí mismas, como inevitablemente harán.

Las ideas tienen que venir primero. Lo más importante para una sociedad es que sus factorías de ideas estén bien gestionadas. Los estudiosos, escritores y filósofos de una sociedad tienen que ser buenos o realmente hay pocas esperanzas.

¿Cómo podemos conseguir un cambio en las factorías de ideas? No tengo respuesta salvo la cruda de una lenta autodisciplina y una búsqueda más rigurosa y objetiva de la verdad: cosas que durarán para siempre. Es la eterna tarea de la humanidad.