

# LOS MONOPOLIOS EN LA CONSTITUCION. ENTRE EL MITO Y LA VERDAD

POR ALFREDO BULLARD GONZALES

**L**a Constitución de 1979 prohibió los monopolios<sup>1</sup>, consagrando con ello una norma no sólo incumplida, sino imposible de cumplir. Los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y hubiesen seguido existiendo en economías pequeñas como las nuestras aún en el caso que la norma siga vigente.

Pocas instituciones económicas han sido tan poco comprendidas ni han servido para tejer tal cantidad de mitos como lo ha sido el monopolio o su pariente cercano el oligopolio. Estas palabras eran pronunciadas con recelo y con resentimiento. Casi toda medida populista o intervencionista tomada por el gobierno de turno tenía entre sus considerandos (implícitos o explícitos) como justificación el combatir poderes monopólicos u oligopolios de temibles empresas nacionales o extranjeras.

Una empresa monopólica era mala sólo por el hecho de serlo. Tener un monopolio era moralmente reprobable y casi se le atribuían todos los males de la economía: la escasez de bienes, la elevación de los precios, la pobreza, el maltrato a los consumidores, la destrucción de la pequeña empresa, la explotación de los trabajadores, etc. Basta sólo recordar el discurso de Alan García anunciando la estatización de la banca para entender a qué nos referimos.

Esta percepción del monopolio llevó a que se elevara a nivel constitucional la prohibición de su existencia. Pero el monopolio y el oligopolio continuaron existiendo. En la mayoría de casos, fue el propio Estado el que los creó y mantuvo a través de limitaciones a la libre competencia (barreras a la importación, licencias de exclusividad, etc.), empresas públicas o reservas de actividades llamadas «estratégicas». Así el Estado promovía con una mano lo que criticaba abiertamente con la otra.

En otras ocasiones los monopolios surgieron espontáneamente como producto de una superior eficiencia de ciertas empresas en el mercado, lo que les permitió desplazar a otras menos eficientes. Ello por un fenómeno conocido por los economistas como «economías de escala». Esto quiere decir que, dadas ciertas limitaciones en el tamaño del mercado, la mejor forma de producir a menor costo es por parte de una o de unas pocas empresas. Típico ejemplo es el caso de los monopolios naturales, es decir, situaciones en las que la existencia de más de una empresa perjudica-

ría a los consumidores en lugar de beneficiarlos. Imaginemos si los servicios de luz o de agua tuvieran que prestarse en condiciones de competencia. Habría que tener dos juegos completos de cables eléctricos y postes o de cañerías de agua y desagüe. Son servicios donde los costos fijos son bastante altos. Todos los consumidores de Lima tendríamos que repartirnos el costo de esta duplicidad y como consecuencia de ello el costo de estos servicios se incrementarían de manera importante. Lo mismo sucedía hasta hace poco con el servicio telefónico, pero el avance tecnológico ha reducido los costos hasta hacer viable la prestación de servicios en situación de competencia.

Carece pues de sentido prohibir los monopolios a rajatabla. El monopolio o el oligopolio no sólo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son consecuencia de economías de escala que reflejan una eficiencia superior, son muy beneficiosos.

Las regulaciones antimonopólicas han ido comprendiendo poco a poco este fenómeno y con ello la prohibición del monopolio o del oligopolio ha ido desapareciendo de la mayoría de legislaciones en el mundo. Ello en parte por un mejor entendimiento del fenómeno que llevó a desmitificar la idea de que se trataba de algo «per se» reprobable, y en parte por la constatación empírica de que la realidad económica primaba sobre la norma legal, haciendo que subsistieran posiciones de dominio en el mercado sin que el Estado pueda desaparecerlas, sea por su incapacidad para enfrentarlas, sea porque se hacía de la «vista gorda».

La desmitificación del monopolio y del oligopolio se vincula también con una correcta comprensión de los fines para los cuales se establecen regulaciones antimonopólicas. Se ha creído por años que el fin de estas legislaciones era proteger a las empresas chicas del inmenso poder económico de las empresas grandes. Ello ha sido y seguiría siendo un error. Si una empresa pequeña no puede competir en el mercado ello

---

**Alfredo Bullard**

• Abogado

• Master en Derecho  
en la Universidad  
de Yale

• Catedrático de  
Derecho Civil y  
Análisis Económico  
del Derecho en la  
Pontificia Universidad  
Católica del Perú

---

puede deberse a su incapacidad para alcanzar economías de escala que le permitan producir bienes y servicios de la calidad y del precio deseados por los consumidores.

El verdadero objetivo de la legislación antimonopólica es proteger a los consumidores garantizándoles opciones adecuadas y suficientes a la luz del principio de eficiencia económica. El Estado no tiene por qué penalizar a una empresa porque es grande, si es que dichas dimensiones le permiten llegar al consumidor con productos de buena calidad a menor costo. El bienestar social que persigue el Estado es el del consumidor y no el de empresas pequeñas condenadas al fracaso por su ineficiencia.

Prohibiciones a la existencia de monopolios o de oligopolios, como la contenida en la Constitución de 1979, se fundamentan en la idea que el Estado debe proteger a la empresa pequeña, sin perjuicio de que ello implique mayores costos de producción en perjuicio del consumidor. Simplemente no se quiere una o pocas empresas, es decir se quiere que el mismo mercado se reparta entre más productores, sin importarnos que ello incremente los costos de producción por la vía de duplicar los costos fijos.

La nueva Constitución ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia<sup>2</sup>.

En el primer caso, se debe reiterar que si bien la posición de dominio no está penalizada, sí lo está el abuso de tal posición. La ley no es ciega al hecho de que una empresa con posición de dominio tiene una inmensa capacidad para causar daños a sus competidores y con ello limitar las opciones de los consumidores. Confía en los mecanismos de la propia competencia para acabar con los monopolios ineficientes o que no respondan a economías de escala. Para nadie es un secreto que el monopolio está en capacidad de elevar el precio por encima de los niveles del precio que se generaría en condiciones de competencia. Si lo hace estará obteniendo ganancias importantes. Pero, por otra parte, dichas ganancias generan incentivos

para que nuevos competidores entren al mercado. El precio monopolístico genera presiones competitivas, es decir, que contiene el germen de su propia desaparición. En consecuencia, en el largo plazo, el monopolio será eliminado salvo en el supuesto de que sea la mejor manera de producir un bien o servicio. Sólo se justifica la intervención del sistema legal cuando como consecuencia de la posición de dominio existente, se generan prácticas abusivas que perjudican a los consumidores en el corto, mediano o largo plazo. El segundo supuesto, las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia, son bastante comunes en nuestro país. Se trata básicamente de las prácticas concertadas llevadas a cabo por «carteles» de productores. Este es el caso de asociaciones gremiales o simples agrupaciones de proveedores de bienes y servicios sustitutos entre sí para concertar el precio, las condiciones de comercialización, la distribución del mercado, etc. Estas prácticas limitan la competencia en cuanto evitan que sea el mercado, y en particular los consumidores, quienes determinen, a través de decisiones atomizadas, los precios de los productos y servicios. Los carteles aparecen más fácilmente en mercados pequeños como los nuestros, con pocos productores, y que facilitan el acuerdo entre ellos, pues los costos de transacción son reducidos. El mercado también es enemigo de los carteles. Las ganancias adicionales que los integrantes de un cartel obtienen por esta vía crean incentivos para la entrada de nuevos competidores o para que los propios integrantes del cartel rompan el mal llamado «pacto de caballeros» y cobren precios menores, sobre todo aprovechando que los acuerdos adoptados no son legalmente exigibles precisamente por ser consecuencia de una práctica ilícita. Pero un cartel bien organizado puede mantener su posición por largos períodos

de tiempo incrementando no sólo los precios, sino permitiendo que existan más empresas de las que son socialmente necesarias para satisfacer las necesidades reales de los consumidores. Ello porque se amparan a la sombra de un precio concertado y que en términos de mercado es tan artificial como el que podía fijar el Estado en los tiempos de los controles de precios. La intervención se justifica entonces en la necesidad de brindar opciones reales a los consumidores en el corto plazo.

*El monopolio legal encuentra su origen en la ley y es el más irracional de todos.*

El carácter anticompetitivo de los carteles es tan claro que deben ser declarados «per se» ilegales. No derivándose ninguna ventaja para los consumidores por su existencia, nada justifica permitir que la concertación siga dándose. La nueva Constitución reconoce esta problemática y sienta las bases<sup>3</sup> para una legislación antimonopólica orientada a proteger al consumidor y no a la empresa pequeña por el simple hecho de serlo.

Finalmente, debe destacarse que la Constitución prohíbe expresamente el supuesto más común de monopolio en nuestro país: el monopolio legal. El monopolio legal es aquel que encuentra su origen directamente en la ley o en alguna barrera creada por ésta para impedir la entrada de competidores al mercado. Los monopolios legales son los más irracionales de todos. No obedecen a criterios de economías de escala o de mayor eficiencia productiva, sino a criterios políticos, muchas veces populistas o destinados a crear privilegios para ciertos sectores, que generaban distorsiones graves en el proceso productivo. La Constitución elimina así aquello que fue realmente el mal de los últimos años: aquel monopolio que no podía ser destronado por los mecanismos de mercado precisamente porque se amparaba en la ley que en lugar de perseguirlo lo protegía.

Muchas veces se han perseguido los monopolios en nombre de la competencia sin darnos cuenta que al hacerlo destruíamos precisamente lo que queríamos proteger. Al hacerlo perjudicábamos al consumidor quien en lugar de beneficiarse terminaba siendo el primer perjudicado. La nueva Constitución abre el camino para una regulación que logre su auténtico objetivo: proteger al mercado y a su soberano, es decir, a todos y cada uno de los consumidores peruanos.

<sup>1</sup> «Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.»

<sup>2</sup> «Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.»

<sup>3</sup> De alguna manera las bases ya estaban dadas por el Decreto Legislativo No. 701, Ley Antimonopolios, la misma que ya había establecido la legitimidad del monopolio y del oligopolio considerando infracciones sólo el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas. Sin embargo, se encontraba abierta la puerta para que se alegara su inconstitucionalidad con el argumento de que contradecía el texto y el espíritu de la Constitución.