

El por qué de la política de libre competencia **

Fernando Cáceres Freyre

Abogado.

Profesor Adjunto de Contratos en

la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

“La política de libre competencia no puede ser entendida hasta que estemos en capacidad de responder firmemente una pregunta: ¿Cuál es el punto de la ley - cuáles son sus objetivos? Todo lo demás, parte de la respuesta que demos a esta pregunta”.

Robert Bork¹

1. Introducción

Hacia 1991, el nuevo Gobierno deseaba reinsertar al Perú en el mundo financiero internacional del que, como sabemos, nos habíamos apartado cuando el anterior Gobierno decidiera no pagar la deuda externa. Para ello, los organismos financieros internacionales exigían al Perú, entre otras cosas, abandonar el modelo -en gran medida- centralmente planificado que había caracterizado a nuestra economía, y adoptar el modelo que la historia ya se había encargado de demostrar era el único viable: el sistema económico de mercado.

La adopción de este modelo suponía, entre otras cosas, adoptar un mecanismo legal de protección al sistema de precios: la política de libre competencia, la

cual fue introducida formalmente a nuestro sistema jurídico a través de la promulgación del Decreto Legislativo No. 701.

La política de libre competencia² es un mecanismo originado y desarrollado en los Estados Unidos para controlar los efectos no deseados de la acumulación del poder económico³. Durante sus más de cien años de historia en ese país, se ha discutido arduamente cuáles deberían ser los objetivos hacia los que debería encaminarse. Actualmente, se ha llegado a cierto consenso en torno a que ella debería encaminarse hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores. Sin embargo, todavía continúa

(*) Dedico este artículo a Luis Diez-Canseco y a José Juan Haro.

(*) Agradezco la colaboración de Alfredo Bullard.

(1) BORK, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. Segunda Edición. New York: The Free Press, 1993. p. 50.

(2) En Estados Unidos existen dos posibilidades para que alguna conducta comercial pueda ser juzgada bajo el Derecho de la Competencia: que el proceso lo inicie un privado o que éste sea iniciado por el propio Estado (a través del *Justice Department's Antitrust Division* ("DOJ") o la *Federal Trade Comisión* ("FTC")). En este marco, cuando se hable del camino seguido por la política de libre competencia se estará haciendo referencia a una de dos cosas: al grado de *enforcement* relacionado con los procesos iniciados por el Estado o al modo como los casos -en general- han sido resueltos.

(3) El Congreso de los Estados Unidos promulgó en el año 1889 la Sherman Act (la "Ley Sherman"). Esta ley contiene las principales normas que desde entonces hasta nuestros días han venido rigiendo la política de libre competencia en ese país. No obstante que la primera ley de competencia en ser publicada no fue la Ley Sherman sino la ley de competencia canadiense -publicada un año antes que aquella-, el mayor avance de la política de libre competencia en el mundo se debe a su desarrollo en los Estados Unidos. Como señala Richard Hofstadter, "(l)a política de libre competencia y su legislación son característicamente norteamericanas. De repente ello se debe a la forma flagrante que tomó el monopolio en Estados Unidos durante los primeros años de su desarrollo. También podría sostenerse que, excepto por los canadienses, nadie había tomado tan en serio el principio de la competencia económica al punto de recoger sus líneas directrices en una ley, hasta que recientemente (el artículo fue escrito en 1965) algunos países europeos comenzaron a mostrar interés en la perspectiva norteamericana sobre este asunto. La idea de competencia como un medio de regulación social -como fuerza económica, política y moral- echó raíces más fuertes en Estados Unidos en gran medida porque en el curso de su desarrollo no ha tenido que competir con teorías aristocráticas, militaristas, o laboral-socialistas (...) (e)n Estados Unidos la competencia es más que una teoría: es una forma de vida y hasta un credo". (HOFSTADTER, Richard. *What Happened to the Antitrust Movement*). En: SULLIVAN, Thomas (Editor). *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*. New York: Oxford University, Press, 1991. p. 20.

debatándose (i) cuáles deben ser los contornos de dicho objetivo; y, (ii) si este objetivo es el único que debe ser tomado en cuenta, o si conjuntamente con él deben considerarse otros objetivos, dentro de los cuales sobresale, por ser políticamente muy seductor, el de encaminarla hacia descentralizar el poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio (lo cual equivaldría a las pequeñas y medianas empresas -PYMES- en nuestro país).

Pero no en todos los lugares del mundo la política de libre competencia se encuentra encaminada hacia conseguir los mismos objetivos. En Japón, históricamente ella ha subordinado los intereses de los consumidores al fortalecimiento de sus productores locales. En tanto, en la Unión Europea, se ha diseñado para promover la integración política y económica, así como para reforzar la competitividad de sus empresas⁴.

Cuando en nuestro país se promulgó el Decreto Legislativo No. 701, el legislador optó -a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde la Ley Sherman no contiene ninguna opción legislativa al respecto- por que la política de libre competencia se encaminara hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores⁵.

Han pasado más de diez años desde la promulgación del Decreto Legislativo No. 701 y, sin embargo, aún los peruanos no hemos llegado a comprender en qué consiste el objetivo por el que se ha optado, ni tampoco, cuál es el rol que debe jugar la política de libre competencia para orientar nuestra economía hacia conseguir dicho objetivo. Lo anterior se debe (i) a que se trata de un objetivo cuyos contornos no se encuentran claramente delimitados ni en su propio país de origen; y, (ii) a la forma tan abrupta como la política de libre competencia se importó a un país cuyos ciudadanos habían vivido por años rigiendo -en gran medida- su economía por una planificación central del Estado⁶.

La finalidad del presente artículo es contribuir con la delimitación de los contornos del objetivo de

encaminar la política de libre competencia peruana hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores y, adicionalmente, contribuir con el entendimiento de cuál es el rol que debe jugar la política de libre competencia para orientar nuestra economía hacia conseguir dicho objetivo.

Siendo que el objetivo por el que nuestro legislador ha optado coincide con el principal objetivo de la política de libre competencia norteamericana, para cumplir con la finalidad de este artículo dedico las líneas que siguen a analizar los siguientes aspectos de la experiencia norteamericana: (i) cómo surge la política de libre competencia y la discusión en torno a sus objetivos; (ii) en qué consiste el objetivo de encaminarla hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores (lo cual supone hacer referencia al otro objetivo principal que ha sido propuesto, de modo que podamos delimitar adecuadamente cuáles son los contornos de aquél); y, (iii) cuál es el rol que ella debe jugar para orientar una economía de mercado hacia la consecución de dicho objetivo.

En buena cuenta, para extraer conclusiones útiles para diseñar nuestra política de libre competencia, dedico las líneas que siguen a analizar cuál es su **por qué**.

2. Los orígenes de la política de libre competencia norteamericana y el debate en torno a sus objetivos

2.1. Un orden socio-económico que fue trastocado por los *trusts*

Desde antaño Estados Unidos había adoptado como ideal la noción de igualdad contenida en las palabras expresadas por Thomas Jefferson, Congresista que presidió la Comisión que redactó el Acta de Independencia de 1776 y posteriormente Presidente de los Estados Unidos, en la Declaración de la Independencia: “(t)odos los hombres son creados iguales”. Según creía Jefferson, la igualdad suponía, entre otras cosas, preservar una nación en la que el poder económico se encontrase desconcentrado en manos de

(4) RODRÍGUEZ, A. y M. WILLIAMS. *Do We Need Harmonized Competition Policy in An Integrated World Economy?* p. 5.

(5) El artículo 1 del Decreto Legislativo No. 701 señala que su objetivo es el siguiente: “(1)a presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”.

(6) “La política de libre competencia norteamericana constituye el reflejo de un cúmulo de singulares eventos sociales e históricos (...) su inserción dentro de un contexto legal distinto puede no ser fácil. Por ello, el *enforcement* de la política de libre competencia puede resultar significativamente más difícil para las economías en proceso de reforma (como Perú). Esto refleja el peligro de lo que alguien ha llamado el ‘problema de la transferencia’. La transferencia minimiza los obstáculos culturales, institucionales y económicos que suscita la implementación de la política de libre competencia”. (RODRÍGUEZ. Op.cit.; p.5. nota 23)

muchos e independientes agricultores y pequeños empresarios. Precisamente, ese era el orden socio-económico que había caracterizado a Estados Unidos desde la época colonial, y el que lo caracterizaría durante casi todo el siglo XIX⁷.

En este escenario, los norteamericanos daban por sentado que el poder económico -y político- siempre se encontraría descentralizado. Tan es así, que los grandes pensadores de aquellos tiempos sostenían que dicho orden social había sido mandado por Dios, es decir, que era una suerte de orden natural que duraría por siempre⁸.

Hacia finales de la Guerra Civil -concluida en 1864- prácticamente habían desaparecido los agricultores que sólo producían para su autoconsumo y/o para realizar algunos intercambios menores de sus productos. En su lugar, aparecieron agricultores que colocaban sus productos en los diferentes mercados y que adquirían bienes a los pequeños empresarios con el dinero obtenido⁹.

En este marco, la tradicional independencia empezó a ceder paso gradualmente a la interdependencia entre agricultores y pequeños empresarios. Los patrones laborales comenzaron a cambiar y Estados Unidos fue testigo de cómo una nación de agricultores rurales y de pequeños empresarios se fue transformando en un país cada vez más urbanizado e industrializado¹⁰.

Dichas transformaciones no fueron vistas con suspicacia hasta que en las últimas tres décadas del siglo XIX surgió con extraordinaria rapidez todo un nuevo orden socio-económico. El anterior orden, considerado "natural", fue desplazado por las concentraciones de poder denominadas *trusts*¹¹; principalmente, por los *trusts* de las compañías ferroviarias, petroleras, azucareras y del whisky.

Los *trusts* eran mecanismos mediante los cuales empresas que realizaban la misma actividad comercial se agrupaban -sin fusionarse- con el fin de eliminar la competencia y controlar la cantidad ofertada y, así, el precio del producto. Concretamente, el mecanismo ideado consistía en lo siguiente: se creaba un comité central o directorio compuesto por los presidentes o gerentes generales de las diferentes empresas miembro, la mayoría de los accionistas de cada empresa transferían "*in trust*" -en confianza- sus acciones a estas personas para que ellas ejercieran el derecho de voto correspondiente a sus acciones, entregándose a los accionistas certificados que acreditaban su derecho a recibir dividendos. Este mecanismo permitía que los presidentes o gerentes generales ejercieran el control absoluto de las políticas comerciales de cada empresa miembro y, así, un intenso control sobre el mercado del bien o servicio que proveía cada *trust* en el mercado¹².

Con la llegada de los *trusts*, la interdependencia entre agricultores y pequeños empresarios se convirtió en dependencia de éstos respecto de aquéllos. A manera de ejemplo, puede señalarse que los agricultores y pequeños empresarios se sintieron agraviados por el poder económico que adquirió el *trust* de las compañías ferroviarias, porque rápidamente se volvieron dependientes de éste para transportar sus bienes y adquirir maquinaria necesaria para la agricultura. El sentimiento de agravio fue seguido por uno de discriminación, debido a que los cargos de transporte ferroviario favorecían a los grandes negocios y perjudicaban a los agricultores y pequeños comerciantes¹³.

Así, el poder para tomar decisiones respecto a las actividades comerciales se trasladó desde las localidades hacia los *trusts*¹⁴, la creencia de que la competencia -entendida como dispersión del poder

-
- (7) Ver: ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press, 1993. p. 6.; SULLIVAN, L. y W. GRIMES. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Minnesota: West Group, 2000. p. 5.
- (8) HOFSTADTER. Op.cit. p. 21.
- (9) LANDE, Robert. *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged*. En: *Hastings L.J.*, No. 34, 1982. p. 100.
- (10) Ibid.
- (11) HOFSTADTER. Op.cit.; p. 21.
- (12) Ver: Northern Securities Co. v. U.S., 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679; ver también: *Mallinckrodt Chemical Works v. State of Missouri*, 238 U.S. 41, 35 S.Ct. 671, 673, 59 L.Ed. 1192.
- (13) SULLIVAN. Op. cit.; p. 5.
- (14) LANDE. Op.cit.; p. 100.

económico- era un orden natural desapareció, y la gente observó que no existía un sistema legal que protegiera al orden socio-económico “natural” provisto por un mercado competitivo en el sentido entonces entendido¹⁵.

2.2. La promulgación de la Ley Sherman: una demanda social que no podía desconocerse

El contexto descrito generó una atmósfera social sobrecargada de miedos respecto de los *trusts*¹⁶. Las principales acusaciones planteadas contra estas agrupaciones eran, en resumidas cuentas, las siguientes: “que tienden a crear monopolios y desplazar a los pequeños capitalistas (empresarios) fuera de los negocios; que destruyen la competencia, el gran reductor de las ganancias y compensador de los precios; que amasan fortunas a expensas de la comunidad al aumentar el precio de los artículos; que tienden a erigir una oligarquía que controle la legislación en su propio interés contra el de la comunidad, minando con ello la libertad personal y política y poniendo en peligro la existencia de las instituciones democráticas¹⁷”.

Los temores contra la concentración del poder económico eran tan fuertes que no podían ser ignorados por los políticos. Por ello, se generó una demanda social muy fuerte para que el Estado intervenga; el problema era cómo.

La primera opción era que el gobierno asumiera la propiedad y el control de las grandes corporaciones. Sin embargo, los norteamericanos no confiaban en el gobierno más que en las empresas. El poder concentrado en manos de unos pocos, ya fueran esas manos privadas o del gobierno, se consideraba contrario al ideal Jeffersoniano de que el poder se encontrara desconcentrado¹⁸.

La segunda opción consistió en la política de libre competencia. Su instauración en los Estados Unidos se explica en el pensamiento imperante en la sociedad norteamericana de aquella época. Se creía que, a diferencia de lo que sucedía cuando el poder se

concentraba en manos de unos pocos, un mercado competitivo guiado por la “mano invisible” de Adam Smith permitía que las decisiones se tomaran de manera impersonal. Las decisiones así tomadas eran vistas con buenos ojos por cuanto eran el promedio de las decisiones de miles de individuos y no decisiones concretas de una persona o grupo de personas en particular. Por ello, al satisfacer el deseo social de ver un poder descentralizado, el mecanismo de mercado aparecía ante las personas como la perfecta contraparte económica del sistema democrático¹⁹.

Siendo esto así, se planteó promulgar leyes contra los *trusts* denominadas leyes *anti-trust*. Dado que en principio se confiaba en el mercado, la idea era que el Estado interviniera sólo para reestablecer su adecuado funcionamiento. Así, se pensó que ante la formación de un *trust* o un monopolio las leyes *antitrust* podrían invocarse para reestablecer el balance competitivo, es decir, para dispersar el poder económico. Pero que una vez reestablecido -por ejemplo, mediante la ruptura de un *trust*- la “mano invisible” del mercado proveería la disciplina sin requerirse una continua intervención por parte del Estado²⁰.

En otras palabras, para los norteamericanos, que no confiaban ni en la concentración del poder del gobierno ni en la concentración del poder de las empresas, las leyes *antitrust* parecieron adecuadas como remedio frente a la conducta de las grandes corporaciones.

En este contexto, en 1890 se promulgó una normativa federal contra las combinaciones que restringían la competencia y contra las situaciones monopolísticas: la Ley Sherman, la cual obtuvo su nombre del Senador que la propuso y defendió durante su procedimiento de elaboración- señaló lo siguiente: “(s)i los poderes concertados de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían estar sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales (...). Si no

“... ante la formación de trust o un monopolio las leyes anti trust podrían invocarse para reestablecer el balance competitivo, es decir, para dispensar el poder económico.”

(15) HOFSTADTER. Op.cit.; p. 22.

(16) Ibid.

(17) Ver: CASES, L. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 42.

(18) SULLIVAN. Op.cit.; p. 5.

(19) HOFSTADTER. Op.cit.; pp. 28.

(20) SULLIVAN. Op.cit.; pp. 5-6.

toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto. La opinión popular está agitada con los problemas que pueden perturbar el orden social, y entre ellos ninguno es más amenazador que la desigualdad de condición, riqueza y oportunidad que ha crecido en una sola generación a fuerza de la concentración de capital en grandes asociaciones para controlar la producción, el comercio y para acabar con la competencia. Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales. Nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país (...). El Congreso puede manejarlas, y si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida²¹".

Las palabras del Senador Sherman son elocuentes. El pueblo norteamericano creía que la mejor forma de organizarse era mediante un orden socio-económico en el que el poder político y económico se encontrase desconcentrado. Por ello, las concentraciones del poder económico que producían los *trusts* no eran consideradas deseables. Se estimaba que éstas generaban desigualdades y, por tanto, que contrariaban el ideal igualitario que debían buscar los Estados Unidos.

La Ley Sherman contiene las estipulaciones centrales que han guiado la política de libre competencia de los Estados Unidos desde 1890 hasta nuestros días. Con su promulgación, los principios constitucionales relativos al sistema político, que básicamente pretenden el fraccionamiento y el equilibrio de poderes, terminaron trasladándose -formalmente- al sistema económico²².

2.3. El debate en torno a los objetivos de la Ley Sherman

En Estados Unidos existe la creencia de que las leyes deben interpretarse, en primer lugar, siguiendo las intenciones que tuvo el Congreso cuando las promulgó, es decir, dando prioridad a lo que en el Perú se conoce como interpretación histórica. En buena cuenta, se considera que en una sociedad democrática deben respetarse las motivaciones que llevaron a los representantes del pueblo a diseñar las reglas sociales de conducta. De acuerdo con ello, existe la creencia de que al diseñar la política de libre competencia no pueden desconocerse los objetivos que persiguió el Congreso cuando promulgó la Ley Sherman.

En este orden de ideas, prácticamente todos los estudiosos que han propuesto orientar la política de libre competencia hacia la consecución de algún objetivo han querido leer en la historia legislativa de la Ley Sherman indicios que les permitieran sustentar la postura ideológica que cada uno considera más adecuada²³.

Según señala Herbert Hovenkamp²⁴, algunos estudiosos han sostenido que quienes promulgaron la Ley Sherman únicamente se preocuparon por la asignación más eficiente de recursos evaluada por la moderna microeconomía²⁵. Otros han concluido que el Congreso siempre ha expresado su preocupación por la justicia o lealtad en el comportamiento de las empresas²⁶. Otros han argumentado que la principal preocupación del Congreso fue evitar transferencias de riqueza desde los consumidores hacia las empresas con poder de mercado²⁷. Finalmente, otros han sostenido que la Ley Sherman fue promulgada a instancia de grupos de interés (no consumidores), tales como pequeñas empresas²⁸ o agricultores²⁹.

(21) Cong. Rec. 2, 457 (1890) citado por: CASES. Op.cit.; p. 45.

(22) Ibid.

(23) Cuando se habla de indicios extraídos de la historia legislativa se hace referencia al contexto en el que se promulgó la Ley Sherman -descrito en el punto 3-, a las opiniones de todos y cada uno de los congresistas que la debatieron y, en general, a cualquier hecho que pudiera contribuir a comprender las motivaciones del Congreso que la promulgó.

(24) HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*. Segunda edición. Minnesota: West Group, 1999. p. 48.

(25) BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*. En: *J.L. & Econ.*, No. 9, 1966.

(26) SCHWARTZ, L. "Justice" and other Non-Economic Goals of Antitrust. En: *U.Pa.L.Rev.*, No. 127, 1979. p. 1076.

(27) LANDE. Op. cit.

(28) STIGLER, G. *The Origin of the Sherman Act*. En: *J.Legal Stud.*, No. 14, 1985. p. 1.

(29) SHUGHART, W. *Antitrust Policy and Interest Group Politics*. 1990. pp. 11-12.

Como señala este mismo autor, en realidad pocos aspectos relativos a la interpretación de las leyes resultan más frustrantes que el estudio de la historia legislativa para determinar los objetivos que tuvo el Congreso al promulgar una ley determinada. Los debates y acuerdos que originan la promulgación de una ley usualmente contienen declaraciones que entran en conflicto, hechas por personas que fueron elegidas por diversos grupos de interés que tienen distintas motivaciones y diferentes percepciones respecto del objetivo que debe perseguir la ley. Incluso, a veces los legisladores, acuerdan intencionalmente aprobar un texto ambiguo, dejando que sean las cortes las que en su momento decidan qué interpretación debe prevalecer³⁰.

Una opción es ignorar la historia legislativa y fijar la atención sólo en el texto de la Ley Sherman. Sin embargo, su texto no lo permite pues el lenguaje utilizado es sumamente vago y maleable en el sentido que acepta múltiples interpretaciones³¹.

En realidad, no obstante los intentos de encaminar los objetivos de la política de libre competencia en función de las interpretaciones históricas de la Ley Sherman, los objetivos hacia los que efectivamente se ha encaminado no han dependido de las intenciones que tuvo el Congreso de los Estados Unidos en 1890 -si es que en efecto puede llegarse a sostener que hubo intenciones claramente identificables- sino de diversos factores que han ido cambiando y evolucionando con el transcurso del tiempo³².

Lo cierto es que la política de libre competencia norteamericana se ha ajustado a los cambios entre las interrelacionadas condiciones sociales y económicas, tales como la urbanización creciente de la población, el rápido progreso tecnológico, el crecimiento de productos

de marca en los mercados en masa, los severos vaivenes en el ciclo económico -crecimiento y recesión-, y la creciente internacionalización de los mercados. Asimismo, ha sido influenciada por las coyunturas políticas, los cambios en la teoría económica³³, los cambios en los miembros del Poder Judicial, y los cambios de los miembros del gobierno encargados del *enforcement* de la política de libre competencia³⁴.

Lo importante no ha sido la ley sino la política de libre competencia. La Ley Sherman fue importante porque permitió incorporar al marco legal la protección a la competencia y los remedios legales que podrían utilizarse para resguardarla. Pero, promulgada la Ley Sherman, la historia se ha encargado de demostrar que han sido los funcionarios del gobierno -miembros de la FTC, del DOJ y del Poder Judicial-, naturalmente influenciados por las discusiones doctrinarias, quienes han debido determinar hacia dónde encaminar la política de libre competencia en las diferentes etapas de la historia norteamericana. En otras palabras, han sido ellos quienes han debido decidir qué posturas ideológicas debían prevalecer mediante un sistema de reglas que se ha ido creando y recreando en el tiempo vía precedentes.

Dichas posturas ideológicas son las que se denominan objetivos de la política de libre competencia. Durante los más de cien años transcurridos desde la promulgación de la Ley Sherman, éstos han aparecido, desaparecido y vuelto de algún modo a aparecer, pugnando siempre por sobreponerse los unos a los otros.

3. Los principales objetivos de la política de libre competencia norteamericana

Los objetivos hacia los que se ha sostenido que debería encaminarse la política de libre competencia

(30) Hovenkamp. Op. cit.; p. 47.

(31) Ibid.

(32) "Los mayores cambios en la política de libre competencia de Estados Unidos pueden ser descritos resumidamente de la siguiente manera: durante la Presidencia de William Howard Taft (1909-1913), el *enforcement* de la política de libre competencia fue vigoroso. Por un período de quince años que se extendió desde 1920 hasta 1935, el *enforcement* de la política de libre competencia fue más bien tibia, alcanzando su punto bajo en los primeros años de la Gran Depresión. Durante el primer período de gobierno de Franklin Roosevelt (1932-1936) se autorizó la formación de cárteles como medio para hacer frente a la depresión industrial. Pero en su segundo período (1936-1940) la política de libre competencia ganó una nueva vitalidad luego del nombramiento de Thurman Arnold como Jefe del *Justice Department's Antitrust Division*. Hacia finales de los 30's, la conducta de los cárteles se había identificado ampliamente con la de los gobiernos totalitarios, aumentando el apoyo político a una política severa de competencia. Este período de activo *enforcement* probablemente alcanzó su punto más alto en los 60's. Hacia mediados de los 70's, la sensación de que algunas de las decisiones de las cortes había suprimido conductas eficientes, y el contemporáneo crecimiento de la influencia de la Escuela Económica de Chicago empezaron a atemperar el *enforcement* de la política de libre competencia. El cambio hacia un *enforcement* menos activo se aceleró durante la Presidencia de Ronald Reagan (1980-1988). Bajo el Presidente George Bush (1988-1992) el *enforcement* se tornó algo más activo, y ha sido aún mayor durante el Gobierno de Clinton (1992-2000), aunque permaneciendo por debajo de los niveles alcanzados durante los 60's". (SULLIVAN. Op.cit.; p. 7.)

(33) Para un excelente análisis respecto del influjo que han tenido las teorías económicas clásica y neoclásica en el diseño de la política de libre competencia norteamericana, ver: HOVENKAMP, Herbert. *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*. En: *Iowa L. Rev.*, No. 74, 1989. p. 1019.

(34) SULLIVAN. Op.cit.; p. 7.

norteamericana suelen dividirse en dos grandes grupos: objetivos llamados económicos y objetivos llamados socio-políticos. Entre ellos, en el presente artículo se tratarán los más influyentes³⁵, vale decir, dentro del primer grupo al bienestar de los consumidores -incluyendo asignar eficientemente los recursos y evitar las transferencias de riqueza desde los consumidores hacia las empresas con poder de mercado- y, dentro del segundo, a la búsqueda de la descentralización del poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio.

3.1. El bienestar de los consumidores

Éste es el principal objetivo que guía actualmente la política de libre competencia norteamericana. Aunque, como se verá, existen discrepancias en torno a la delimitación de sus contornos, en Estados Unidos nadie discute su aplicación, sino únicamente, si es que conjuntamente con él deben tomarse en cuenta otros objetivos (como el de descentralizar el poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio).

3.1.1. El fin de la historia: el triunfo del sistema de mercado

Hasta la pasada década de los años ochenta, la ex Unión Soviética y los Estados Unidos pugnaban por conseguir la supremacía mundial de sus sistemas políticos y económicos. En el plano económico, la primera potencia abogaba por organizar un sistema económico centralmente planificado y la segunda por organizar un sistema económico de mercado.

El modelo de la ex Unión Soviética se apoyaba en la concepción de que no eran los individuos, sino el Estado, quien mejor podía decidir qué era lo más conveniente para satisfacer las necesidades de las personas. Por tanto, el Estado decidía qué y cuánto debía

producirse y cómo debía distribuirse la producción entre los miembros de la sociedad, tanto respecto de los bienes que nosotros conocemos como privados como de los bienes que conocemos como públicos³⁶. En otras palabras, el Estado decidía cómo asignar bienes privados y bienes públicos.

Naturalmente, el rasgo distintivo de este sistema no era que el Estado decidiera cómo asignar bienes públicos, por cuanto bajo el sistema democrático los Estados occidentales también decidían -y deciden- cómo asignar estos bienes³⁷. Lo distintivo de dicho sistema era que el Estado decidiera cómo asignar los bienes privados, es decir, por ejemplo, cuánto alimento, vestido, vivienda y entretenimiento debía producirse y quién, y en qué cantidad, debía consumir estos bienes.

Como señala Alfredo Bullard, en 1989 fue derrumbado el signo visible de la división en la que se encontraba inmerso el mundo -el Muro de Berlín- y con ello no hizo sino simbolizarse lo que ya la realidad había demostrado: el fracaso rotundo del sistema económico centralmente planificado. Un fracaso que no se debió a la ausencia de defectos del sistema económico triunfante -el sistema de mercado- sino al mar de defectos de su contraparte³⁸.

Desde entonces, se traza un hito en la historia de las ideologías -llamado por Francis Fukuyama "el Fin de la Historia"- a partir del cual prácticamente no se discute que el sistema económico que debe aplicarse para asignar bienes privados es el sistema de mercado.

El funcionamiento del sistema de mercado como mecanismo para asignar recursos sociales sujetos a titularidades privadas depende de múltiples factores. Entre ellos, cabe mencionar al sistema de precios, a la asignación y protección de los derechos de propiedad, al reconocimiento del carácter obligatorio de los

“El sistema de precios es el mejor sistema que conocemos para generar bienestar a los consumidores”.

(35) Ver: ORBACH, Barack. *Competition Policy in Transition: Lessons from Peru*. En: *Promperu Summer Research Fellowship*. Lima: Beatriz Boza, 2000. p. 227.; ver también: ROSS. Op.cit.; pp. 3-11, SULLIVAN. Op.cit.; pp. 11-16.

(36) Los bienes privados son aquéllos cuya titularidad ha sido asignada a los particulares, como la alimentación, el vestido, la vivienda y el entretenimiento. Los bienes públicos son aquéllos cuyo uso es común a todos, como las calles, carreteras, sistemas de resolución de conflictos, y la seguridad pública.

(37) Para un excelente análisis respecto de la asignación de bienes públicos mediante la democracia, en comparación con la asignación de bienes privados mediante el mercado, ver: BULLARD, Alfredo. *Votando por Refrigeradoras y comprando Congresistas. ¿Por qué no?.* En: *Ius et Veritas*, No. 20, 2000. p. 129.

(38) BULLARD, Alfredo. *La Legislación Antimonopólica y el Mito del Muro de Berlín*. En: *Themis-Revista de Derecho*, No. 30, 1994. p. 243.

contratos, y a la internalización de las externalidades en supuestos de altos costos de transacción³⁹. De todos ellos, el que resulta importante para los efectos de la política de libre competencia, es el sistema de precios.

3.1.2. El sistema de precios como mecanismo para generar bienestar para los consumidores

En general, el sistema de precios sustenta su funcionamiento en que son los individuos quienes mejor pueden decidir cuáles son sus necesidades respecto de bienes privados (en adelante, simplemente “bienes”). Por ello, éstos deben ser libres para decidir cuáles les generan un mayor bienestar.

Pero dado que las necesidades son infinitas y los recursos sociales existentes para satisfacerlas son limitados, debe buscarse un mecanismo mediante el cual las personas manifiesten en términos relativos qué necesidades quieren satisfacer y qué otras prefieren dejar insatisfechas para satisfacer las anteriores. En el mercado esto se logra mediante el sistema de precios.

El sistema de precios es un mecanismo mediante el cual los consumidores manifiestan a través de su deseo de pago relativo qué necesidades quieren satisfacer de acuerdo con sus restricciones presupuestarias⁴⁰.

Esto permite que las preferencias mostradas por los consumidores puedan ser agregadas por los productores para decidir qué, cuánto y a qué precios deben ofertar para responder a dichas demandas. De esta forma, las empresas pueden asignar recursos escasos para producir aquellos bienes que los consumidores estiman como más valiosos, de tal manera que se genere un balance entre lo que la gente quiere y lo que la realidad les puede dar.

Mediante esta interacción entre oferta y demanda el sistema de precios busca que los bienes sean asignados, reasignados y vueltos a asignar por los productores en la búsqueda sin fin de la mayor eficiencia en la asignación de recursos, es decir, en la eterna búsqueda por asignar todos los recursos a la producción de aquellos bienes que los consumidores estiman como más valiosos.

El sistema de precios es el mejor sistema que conocemos para generar bienestar a los consumidores. Su capacidad para generar bienestar social se comprende más fácilmente comparándolo con el sistema económico centralmente planificado. Este sistema era el mecanismo económico mediante el cual los Estados comunistas buscaban conseguir una igualdad absoluta entre los miembros de la sociedad. Para lograr la tan ansiada igualdad, el Estado debía decidir cuáles eran las necesidades que debían satisfacerse y, como correlato de ello, qué y cuánto debía producirse y cómo debía distribuirse dicha producción.

En este contexto, las personas obtenían o bienes que no deseaban o bienes que sí deseaban pero en una cantidad diferente⁴¹. Con lo cual, muchos recursos quedaban asignados a usos que no eran considerados por los consumidores como los más valiosos, con la grave consecuencia de que los niveles de bienestar caían dramáticamente.

En su lugar, el sistema de precios permite que sean los propios consumidores quienes determinen qué es lo que ellos estiman como más valioso para que los productores puedan identificar qué, cuánto y a qué precios deben ofertar para satisfacer sus preferencias. En buena cuenta, permite generar un mayor bienestar para los consumidores.

Sin embargo, la capacidad que tiene el sistema de precios para generar un mayor bienestar para los consumidores puede verse distorsionada -la teoría económica predice que así será- cuando el poder económico se acumula.

3.1.3. ¿Por qué la acumulación del poder económico menoscaba la capacidad que tiene el sistema de precios de generar un mayor bienestar para los consumidores?

La forma más sencilla de responder esta pregunta es comparando dos modelos⁴² provenientes de la microeconomía, que forman parte de la teoría económica neoclásica que explica el funcionamiento del sistema de precios: el modelo de la competencia perfecta y el

(39) BULLARD. *Votando por Refrigeradoras...* Op.cit.; pp. 129-130.

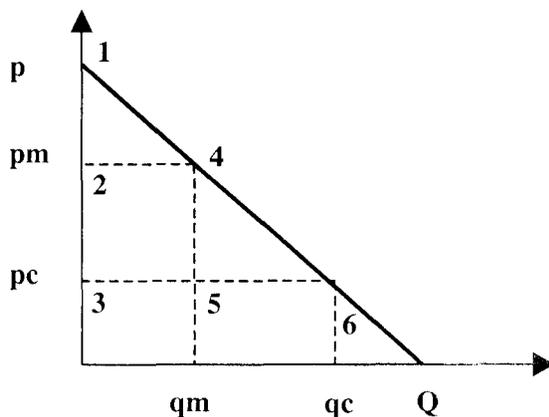
(40) En el mercado el deseo de pago relativo se traduce en el precio que las personas están dispuestas a pagar por un bien determinado, en vez de utilizar sus recursos en cualesquiera usos alternativos.

(41) En este contexto, los violines terminaban en manos de gente que detestaba la música, los chorizos españoles en manos de vegetarianos y los libros de derecho en manos de ingenieros. (BULLARD. *Votando por Refrigeradoras...* Op.cit.; p. 136.)

(42) “El analista económico enfrenta el problema de no poder efectuar experimentos directos como podría ocurrir con otras ciencias. Por tal razón tiene que recurrir principalmente a los ‘modelos’ que luego son probados empíricamente para detectar su validez. El modelo es, en este sentido, una abstracción simplificada de la realidad para poder precisamente explicarla. Para construirlos se hacen una serie de supuestos que en muchos casos son simplificadorios. Los supuestos simplificadorios permiten dejar de lado los factores que no son relevantes al problema con el fin de llegar a una respuesta general de una manera mucho más fácil (...) Lo importante es la capacidad del modelo para llegar a ciertas explicaciones y predicciones en torno a la realidad”. (KAFKA, Folke. *Análisis Económico*. Séptima edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1990. pp. 13-14.)

modelo del monopolio. Asumiendo un comportamiento racional maximizador de utilidades, estos modelos sirven para prever las tendencias que habría de esperar en el comportamiento de las empresas en estructuras de mercado competitivas y monopolísticas⁴³.

Para comparar ambos modelos se utilizará el gráfico que se incluye a continuación (en adelante, el "Gráfico"), donde pc y qc representan el precio y la cantidad correspondientes a un mercado perfectamente competitivo, y pm y qm representan el precio y la cantidad correspondientes a un mercado monopolizado.



3.1.3.1. La generación de asignación ineficiente de recursos

Tal como puede observarse del Gráfico, para maximizar ganancias el monopolista oferta una cantidad menor que la que oferta la industria entera en competencia perfecta. Si bien esta disminución en la cantidad ofertada liberará recursos que serán destinados a otros mercados, al aumentarse el precio del producto monopolizado por encima de su costo se induce a los consumidores con un menor precio de reserva -aquéllos que en el Gráfico se encuentran ubicados entre los puntos 4 y 6 de la curva de demanda- a dejar de adquirir el producto monopolizado y a destinar su dinero a usos alternativos en los que ellos valoran menos sus recursos (de lo contrario los consumidores los habrían sustituido antes de que el precio se incrementara).

Como señala Richard Posner, el aumento en el precio del producto monopolizado por encima de su costo induce a los consumidores a adquirir sustitutos que, siendo en términos relativos más baratos, a la sociedad le cuesta más producir (porque su producción supone asignar recursos a fines que los consumidores no estiman como los más valiosos). Por tanto, el mayor precio producto del monopolio confronta a los consumidores con falsas alternativas: el producto que escogen porque se ve más barato, en realidad requiere más de los escasos recursos sociales para ser producido⁴⁴.

La sustitución en el consumo inducida por la monopolización genera una asignación ineficiente de recursos -representada por el área del triángulo 4-5-6 en el Gráfico y denominada por los economistas "pérdida de peso muerto" (*deadweight loss*)- que produce un costo o pérdida de eficiencia social. Se dice que la asignación ineficiente de recursos genera un costo o pérdida de eficiencia social, porque lo que el monopolista dejar de ganar por la menor cantidad de unidades que produce no se ve compensado por ninguna ganancia correlativa de algún miembro de la sociedad.

De acuerdo con los exponentes de la Escuela de Chicago, principales propulsores del bienestar de los consumidores como objetivo de la política de libre competencia, para alcanzar este objetivo debe disuadirse y castigarse únicamente las prácticas comerciales susceptibles de generar el costo o pérdida de eficiencia social derivado de la asignación ineficiente de recursos⁴⁵. Como bien podrá comprenderse, al definir de esta manera el objetivo del bienestar de los consumidores, la Escuela de Chicago termina equiparando el bienestar de los consumidores con el bienestar de toda la sociedad.

Sin embargo, existen estudiosos ajenos a la Escuela de Chicago que consideran que el objetivo del bienestar de los consumidores no debe definirse en términos de bienestar social, sino de bienestar de los consumidores como grupo diferenciable de los productores. En este orden de ideas, ellos consideran que para conseguir dicho objetivo, adicional y conjuntamente a la asignación ineficiente de recursos,

(43) Por motivos de espacio, no se ha incluido en el presente artículo una explicación sobre los modelos de la competencia perfecta y el monopolio. Para aquellas personas que no se encuentren familiarizadas con estos modelos, se recomienda que, antes de proseguir con la lectura de este artículo, revisen alguno de los siguientes libros: BORK. *The Antitrust Paradox...* Op.cit.: pp. 92-101; GELLHORN, E. y W. KOVACIC. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. Cuarta edición. Minnesota: West Publishing, 1994. pp. 52-74; HOVENKAMP. *Federal Antitrust Policy...* Op.cit.: pp. 2-46; POSNER, Richard. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. pp. 8-22; POSNER, Richard. *Cases, Economic Notes, and Other Materials*. Segunda edición. Minnesota: West Publishing, 1981. pp. 4-11; POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Segunda edición. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. pp. 9-32. Para una explicación más técnica ver: FERNÁNDEZ-BACA, J. *Microeconomía: Teoría y Aplicaciones*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2000. pp. 29-83.

(44) Ver: POSNER. *Antitrust Law...* Op. cit.: p. 12.

(45) Ver: BORK. *The Antitrust Paradox...* Op. cit.; ver también: POSNER. *Antitrust Law...* Op. cit.

la política de libre competencia debe encaminarse hacia disuadir y castigar las transferencias de riqueza⁴⁶.

3.1.3.2. La generación de transferencias de riqueza

Hasta este momento, sólo habíamos hablado de los consumidores que dejaban de adquirir el producto en cuestión porque tenían un menor precio de reserva. ¿Y qué pasa con aquéllos que continúan consumiendo dicho producto porque tienen un mayor precio de reserva?

Volvamos al Gráfico. El producto en cuestión no puede ser vendido a un precio menor que pc por cuanto ese nivel de precios refleja el costo social de producirlo. A ese nivel de precios la curva de demanda muestra que los consumidores que tienen un precio de reserva ubicado entre los puntos 1 y 6 estarán dispuestos a comprar el producto. Si tal como ocurre en un mercado perfectamente competitivo se oferta una cantidad qc a un precio pc , entonces todos estos consumidores obtendrán el producto a un precio menor que el que estaban dispuestos a pagar como máximo. Ellos obtendrán un excedente - llamado por los economistas "excedente del consumidor"- que en el Gráfico se representa en términos agregados mediante el área del triángulo 1-3-6.

Sin embargo, cuando el producto es monopolizado, la cantidad se reduce a qm y el precio sube a pm . Por tanto, los consumidores con un precio de reserva ubicado entre los puntos 4 y 6 de la curva de demanda dejarán de adquirirlo, y sólo continuarán adquiriéndolo aquellos consumidores con un precio de reserva ubicado entre los puntos 1 y 4 de la curva de demanda.

Estos últimos consumidores, que antes obtenían un excedente equivalente al área del triángulo 1-3-6, ahora sólo obtendrán un excedente equivalente al área del triángulo 1-2-4. La diferencia entre el área de ambos triángulos, vale decir el área del rectángulo 2-4-3-5, en principio será apropiada por el monopolista en forma de ganancias monopólicas, es decir, que en principio se producirá una transferencia de riqueza desde los bolsillos de los consumidores que continúan adquiriendo el producto monopolizado hacia los bolsillos de los dueños de la empresa que abastece el mercado monopolizado.

Pues bien, como se señalara, existen estudiosos que consideran que adicional y conjuntamente a la asignación ineficiente de recursos, para conseguir el

objetivo del bienestar de los consumidores la política de libre competencia debe encaminarse hacia disuadir y castigar las transferencias de riqueza; en el fondo, porque presuponen que las mencionadas transferencias de riqueza operan desde los más pobres hacia los más ricos de la sociedad.

Para ilustrar las consecuencias prácticas de dicha posición imagínese el caso de una fusión que produce, de un lado, una concentración de poder de mercado capaz de producir una asignación ineficiente de recursos y ciertas transferencias de riqueza y, del otro, ahorros en costos derivados de economías de escala. En tal supuesto, estos estudiosos considerarían que al juzgar el caso concreto pueden cuantificarse -con un grado de precisión razonable- las magnitudes de la asignación ineficiente de recursos, de las transferencias de riqueza y de los ahorros en costos. De tal suerte que si la magnitud de la transferencia de riqueza sumada a la asignación ineficiente de recursos excede la magnitud de los ahorros en costos, la conducta debería condenarse como anticompetitiva.

Con relación a esta postura ideológica, debe señalarse lo siguiente.

En primer lugar, como señala la Escuela de Chicago, no hay razón para presuponer que las transferencias de riqueza operen desde los más pobres hacia los más ricos de la sociedad⁴⁷; en la medida que quienes denominamos consumidores también son productores (sea de bienes o servicios). Debiendo tenerse presente, que si lo que se pretende es redistribuir la riqueza al interior de la sociedad, deben emplearse legislaciones útiles para estos efectos, como son las que conceden beneficios tributarios y subsidios.

En segundo lugar, no parece ser cierto que al juzgar los casos concretos pueda estimarse -con un grado de precisión razonable- cuáles son las magnitudes de la asignación ineficiente de recursos y de las transferencias de riqueza, a efectos de compararla con los ahorros en costos para determinar si la conducta es o no anticompetitiva.

En tercer lugar, en muchas ocasiones no se producen verdaderas transferencias de riqueza.

Por un lado, para evitar que otros entren al mercado y erosionen su poder, los monopolistas de la vida real⁴⁸ suelen utilizar parte de sus ganancias monopólicas en desarrollar diversas estrategias

(46) Ver: LANDE. Op.cit.; ver también: ROSS. Op.cit.; p. 5.

(47) Ver: POSNER. *Antitrust Law...* Op. cit.; p. 24.

(48) Uno de los supuestos sobre los que se construye el modelo del monopolio es la existencia de barreras a la entrada tan fuertes, que el

destinadas a excluir a sus competidores -o potenciales competidores- de la posibilidad de obtenerlas; estas actividades son denominadas por los economistas "rentismo".

Jorge Fernández-Baca señala que dichas estrategias pueden consistir, entre otras, en gastos publicitarios, atenciones a parlamentarios, ministros y otros funcionarios públicos, y muchas veces hasta en sobornos que realizan las empresas monopólicas para persuadir al público, a los medios de comunicación, y al gobierno de la necesidad de mantener o aumentar las barreras a la entrada⁴⁹.

Por su parte, para ilustrar cómo las empresas que obtienen ganancias monopólicas gastan estos recursos en excluir a sus competidores, Richard Posner pone el ejemplo de un cártel que fija precios por encima del nivel competitivo. En este escenario, todos los miembros del cártel tendrán incentivos para invertir recursos en generar un producto más valioso para los consumidores que el producto de los otros miembros del cártel, de modo tal que puedan aumentar sus ventas relativas y obtener una mayor cantidad de las ganancias monopólicas del cártel. El proceso de aumentar la competencia por mayor calidad o mejor servicio continuará hasta que los costos de los miembros del cártel hayan subido hasta alcanzar el nivel de precios del cártel⁵⁰. Una vez alcanzado dicho nivel, los miembros del cártel habrán llegado al límite de las ganancias monopólicas que pueden destinar a actividades rentistas.

Los ejemplos pueden ser tantos como la imaginación lo permita. Lo cierto es que el rectángulo de ganancias monopólicas 2-4-3-5 constituye el máximo de recursos que están dispuestas a gastar las empresas que obtienen ganancias monopólicas para excluir a los competidores de la posibilidad de obtenerlas. Y el punto central es que en la vida real las empresas con poder de mercado efectivamente destinan una parte -a veces sustancial- de sus ganancias monopólicas a realizar este tipo de gastos socialmente improductivos.

Por tanto, el rentismo de las empresas suele reducir -a veces en forma sustancial- las ganancias monopólicas de las empresas, con lo cual suelen

reducirse -a veces en forma considerable- las supuestas transferencias de riqueza.

Por otro lado, las ganancias monopólicas pueden no ser transferidas a los dueños de la empresa que abastece el mercado monopolizado, sino invertidas en investigación y desarrollo. La investigación y desarrollo si bien puede impedir o retrasar la entrada de competidores, suele ser valorizada por la sociedad por encima de su costo y, por tanto, suele generar un efecto neto positivo en ella⁵¹.

Finalmente, si observamos el Gráfico podremos advertir que siempre que se genere el rectángulo 2-4-3-5, también se generará el triángulo 4-5-6. Por tanto, en aquellos casos en los que sí se produzcan transferencias de riqueza también se tendrá que haber generado una asignación ineficiente de recursos, lo cual resulta suficiente para condenar la conducta comercial como anticompetitiva.

3.1.3.3. Conclusión

Existiendo suficientes razones para no tomar en consideración la generación de transferencias de riqueza al definir los contornos del objetivo del bienestar de los consumidores, el costo o pérdida de eficiencia social derivado de la asignación ineficiente de recursos, constituye el motivo por el que la acumulación del poder económico menoscaba la capacidad del sistema de precios de generar un mayor bienestar para los consumidores.

3.2. La descentralización del poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio

A partir de la historia legislativa de la Ley Sherman, algunos estudiosos han sostenido que el Derecho de la Competencia debería tener por objetivo descentralizar el poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio. De acuerdo con esta postura ideológica, debe preservarse el orden económico caracterizado por la dispersión del poder como un fin en sí mismo, porque se considera que ello beneficia a la sociedad⁵².

monopolista simplemente no tiene que preocuparse por que sus ganancias monopólicas atraigan nuevas empresas al mercado. Pero en la vida real dichas barreras a la entrada tan fuertes no suelen existir y la posición del monopolista suele verse constantemente amenazada.

(49) FERNÁNDEZ-BACA. Op.cit.; p. 90.

(50) POSNER. *Antitrust Law. An Economic Perspective...* Op. cit.; pp. 11-12.

(51) En realidad, la relación entre monopolio e investigación y desarrollo es controversial. Para un análisis relativo a ello ver: HOVENKAMP. *Federal Antitrust Policy...* Op.cit.; pp. 21-23; ver también: POSNER. *Antitrust Law...* Op. cit.; pp. 18-22.

(52) Esto no necesariamente es consistente con los intereses de los propietarios de las pequeñas empresas, quienes podrían lucrar mediante fusiones a través de las que se les permitiera vender sus activos a grandes industrias. (ROSS. Op.cit.; n.12. p. 6)

El objetivo populista -así suele caracterizarse a este objetivo- de impedir el crecimiento de los grandes negocios motivó el respaldo de muchas de las personas que apoyaron la promulgación de la Ley Sherman, y alcanzó un influjo considerable durante el periodo de activo *enforcement* de la política de competencia norteamericana ocurrido en los años sesenta.

En *United States v. Aluminium Co. of America*, el Juez Learned Hand sostuvo: “(e)s posible, dado su efecto social o moral indirecto, preferir un sistema de pequeños productores, donde el éxito de cada uno dependa de sus habilidades y carácter, a uno en el que la gran masa de aquéllos involucrados (en el comercio) deban aceptar la dirección de unos pocos⁵³”. Recogiendo estas ideas, el Vocal Warren -entonces Presidente de la Corte Suprema- señaló en 1962: “(n)osotros no podemos dejar de reconocer el deseo del Congreso de promover la competencia a través de la protección de negocios viables, pequeños y de propietarios locales. El Congreso se dio cuenta que mantener un sistema de industrias y mercados fragmentados podría producir costos y precios ocasionalmente elevados. Éste resolvió favorecer la descentralización. Nosotros debemos poner en práctica tal decisión⁵⁴”.

Las principales críticas efectuada en contra de encaminar la política de libre competencia hacia conseguir mercados fragmentados -mercados donde el poder económico se encuentre descentralizado- a través de la protección de las pequeñas unidades de negocio, o dicho en palabras del Vocal Warren, a encaminarla hacia la protección de “negocios viables, pequeños y de propietarios locales”, han sido hechas por los exponentes de la Escuela de Chicago; éstas se describen a continuación.

En primer lugar, la noción de “fragmentación” es demasiado vaga. No queda claro si por fragmentación se entiende la presencia de muchos vendedores y compradores que enfrenten elasticidades infinitas -como el ideal sugerido por el modelo de la competencia perfecta-, o si es un término que describe una situación similar pero no tan extrema. Si se toma la palabra literalmente, un mercado con dos empresas puede considerarse fragmentado, y si se ven las cosas desde el otro extremo cualquier fusión entre empresas del mismo mercado reduce la fragmentación sin importar cuán pequeñas sean las empresas. Por tanto, la noción de

fragmentación no tiene significado alguno, a menos que se entienda como un concepto que describe a aquél número de unidades que mejor puede servir a los consumidores. Pero en tal caso se convertiría a esta teoría en una orientada a conseguir el bienestar de los consumidores, perdiendo total autonomía como objetivo alternativo hacia el que encaminar la política de libre competencia⁵⁵.

En segundo lugar, la política de libre competencia es un método inapropiado para tratar de promover los intereses de los pequeños negocios. La mejor política de libre competencia desde el punto de vista de los pequeños negocios es que no exista política de libre competencia alguna⁵⁶.

Ello se debe a que las pequeñas empresas no pueden competir por precios con las grandes empresas dado que las segundas a diferencia de las primeras tienden a generar economías de escala. Sin embargo, si las empresas con fuerte poder de mercado suben el precio del producto que ofertan para maximizar sus ganancias -tal como predice la teoría económica-, las pequeñas empresas sí podrán subsistir en el mercado ofertando su producción a menores precios. En otras palabras, a las pequeñas empresas les conviene que las grandes empresas suban sus precios. Por tanto, la única manera de que una política de libre competencia sea diseñada para beneficiar a los negocios más pequeños es limitando los intentos de las firmas grandes de fijar un precio por debajo del de las firmas pequeñas⁵⁷.

En tercer lugar, una política de libre competencia que pretenda conducirse limitando los intentos de las firmas grandes de fijar un precio por debajo del de las pequeñas resultaría impracticable, por cuanto como se ha dicho en el párrafo anterior, requeriría conocer y supervisar continuamente los precios de las grandes empresas. No hay atajos efectivos. Sería inútil, por ejemplo, diseñar una política de libre competencia que para beneficiar a las pequeñas empresas prohíba fusiones entre grandes empresas para impedir la generación de economías de escala que permitan vender a un precio menor que el de las pequeñas empresas. Ello, porque en tal escenario una (o más) de las grandes empresas se expandirá hasta alcanzar la escala de operación más eficiente y, en cualquier caso, tendrían que supervisarse continuamente los precios para evitar perjuicios a las pequeñas empresas⁵⁸.

(53) 148 F.2d 416, 427 (2d Cir.1945).

(54) *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344, 82 S.Ct. 1502, 8 L.Ed.2d 510 (1962).

(55) BORK. *The Antitrust Paradox...* Op. cit.; p. 60.

(56) POSNER. *Antitrust Law. An Economic Perspective...* Op. cit.; p. 19.

(57) *Ibid.*

(58) *Ibid.*; pp. 19-20.

Las herramientas de las que se vale el Derecho de la Competencia para controlar los excesos de la concentración de poder económico no son adecuadas para promover a las pequeñas empresas. No podría favorecerse a las pequeñas empresas a través del Derecho de la Competencia si es que las grandes empresas no muestran su mayor eficiencia a través de diferencias en sus precios, o crean mayores eficiencias vía alguna práctica comercial que pueda examinar el Derecho de la Competencia. Pero si las pequeñas empresas son puestas en peligro por una innovación superior de otras empresas, mejores predicciones sobre las preferencias de los consumidores, o menores precios que no sean fruto de estrategias predatorias, entonces, simplemente, no se les podría ayudar. Si es que quiere promoverse la consecución de cualquier valor deben buscarse leyes cuyo alcance sea apropiado para cubrir todo el espectro de situaciones en las que dicho valor pueda verse afectado. Para promover a las pequeñas empresas existen tipos de legislaciones mucho más útiles que las leyes de competencia, como las que conceden beneficios tributarios y subsidios⁵⁹.

3.3. Conclusión

Una política de libre competencia encaminada hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores, debe desincentivar y castigar aquellas prácticas comerciales que puedan generar o generen una asignación ineficiente de recursos. El componente social que caracteriza al objetivo de la descentralización del poder económico mediante la protección de las pequeñas unidades de negocio, lo hace políticamente muy seductor. Por ello, debe quedar sumamente claro que la política de libre competencia no es un mecanismo idóneo para promover el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas; para tales efectos, debe buscarse -dentro del propio sistema de mercado- legislaciones

verdaderamente útiles, como las que conceden beneficios tributarios y subsidios.

4. El rol que debe jugar la política de libre competencia para orientar una economía de mercado hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores

El costo o pérdida de eficiencia social derivado de la asignación ineficiente de recursos que se produce -la teoría económica predice que así será- cuando el poder económico se acumula, justifica que los países que ya han adoptado al mercado como sistema económico, también hayan implementado mecanismos legales que permitan controlar los efectos de dicha concentración de poder.

No se crea que la acumulación de poder de mercado siempre resulta socialmente indeseable. En algunos casos, como los monopolios naturales, la acumulación de dicho poder en manos de una sola empresa constituye la mejor alternativa existente para asignar los recursos sociales.

Tomando en consideración lo anterior, los países que han adoptado al mercado como sistema económico han desarrollado esencialmente dos mecanismos legales para evitar los efectos nocivos de la acumulación del poder económico: la política de libre competencia⁶⁰ y la regulación de mercados. El primero se aplica como regla y el segundo como excepción⁶¹.

Como señala Alfredo Bullard, la regulación de mercados se implementa sólo cuando la estructura de los mercados no permite esperar que surja un proceso de competencia; este es el caso de los llamados monopolios naturales. Por ello, ex ante, esto es, antes de que el bien se venda o el servicio se preste, se

(59) BORK. *The Antitrust Paradox...* Op.cit.: pp. 69-70.

(60) Como dato estadístico, cabe señalar que hacia 1998 ochenta países ya habían adoptado al mercado como sistema para asignar recursos. Todos ellos, adoptaron a su vez leyes de competencia. (SULLIVAN. Op.cit.: pp. 1-2) Naturalmente no se trató de una mera casualidad, por cuanto en las economías planificadas, bajo pretexto de generarse una igualdad absoluta, no se permitía que las personas o empresas pudieran sobresalir de forma alguna: el Estado decidía qué y cuánto debía producirse y cómo debían distribuirse los recursos generados por dicha producción.

(61) Se dice que "esencialmente" se han desarrollado dos mecanismos legales pues aún en países como Estados Unidos, donde desde antaño ya se había adoptado al mercado como sistema económico, siempre ha existido la alternativa de que sea el propio Estado quien realice la actividad empresarial para evitar los efectos indeseables de la concentración del poder económico. Actualmente, esta alternativa se encuentra en franca retirada, planteándose únicamente como una posibilidad limitada en el tiempo en mercados en los que los altos costos de transacción impiden que las empresas decidan invertir, a la espera de beneficiarse con externalidades positivas que en un principio no están dispuestas a internalizar. A manera de ejemplo, puede señalarse que éste es el caso del turismo en el Perú. El Estado ha debido intervenir en la economía desarrollando la aviación comercial para cubrir ciertas rutas que las empresas privadas no deseaban cubrir. Éstas alegaban que no les resultaba rentable hacerlo dado que los lugares de destino no eran atractivos para los turistas, dado que no contaban con una adecuada infraestructura. Por su parte, los dueños de los hoteles, restaurantes, bares, etcétera, alegaban que no les era rentable invertir, por cuanto al no ser puntos de destino de la aviación comercial, el flujo de turistas no justificaba una mayor inversión. Los altos costos de transacción impedían que las empresas de aviación comercial y los dueños de la infraestructura turística se pusieran de acuerdo para invertir conjuntamente en un negocio que les generaría mayores beneficios no sólo a ellos, sino a la sociedad en general. Ambas partes esperaban que fuera la otra parte la que realizara la inversión inicial para beneficiarse con externalidades positivas sin tener que incurrir en una inversión de riesgo.

presupone lo que habría ocurrido de haber existido competencia y, al hacerlo, se fijan precios, se establece la calidad requerida, y se determinan las condiciones de contratación. En otras palabras, el foco de atención se centra en el resultado y no en el proceso⁶².

En su lugar, señala este mismo autor, se implementa una política de libre competencia cuando sí puede esperarse que surja el proceso de competencia. En tal sentido, ésta actúa básicamente *ex post* mediante sanciones que intentan corregir las distorsiones al sistema de precios. No fija precios pero se asegura que éstos sean fijados por la competencia, no establece mecanismos de control de la calidad pero se asegura que los consumidores influyan en los productores de tal forma que sus preferencias sean satisfechas, no fuerza una contratación, pero puede considerar un caso determinado como una negativa injustificada a contratar. En otras palabras, el foco de su atención se centra en asegurar el adecuado funcionamiento del proceso de competencia.

Como se dijo, en los sistemas de mercado la regla general por la que se “apuesta” para controlar los efectos de la acumulación del poder económico es la política de libre competencia. Sus innegables ventajas frente a la regulación de mercados sustentan tomar esta opción como la regla general.

Como el lector podrá intuir, la regulación de mercados es un mecanismo cuyo funcionamiento se asemeja bastante a la planificación de la economía. Si bien por razones distintas, en ambas es el Estado quien decide cuánto debe producirse y a qué precios debe ofertarse. Por tanto, la regulación de mercados acarrea muchos de los vicios intrínsecos a la planificación económica respecto de la generación de bienestar.

En primer lugar, la regulación de mercados debe presuponer cuál es la demanda que enfrenta la industria. Al actuar con información imperfecta respecto de la demanda, puede errarse en determinar cuál es la oferta que mejor satisface a los miembros de la sociedad, generándose así una distorsión en cuanto a la asignación de recursos.

En segundo lugar, pueden generarse distorsiones en cuanto a la eficiencia en la producción. Por ejemplo,

al fijar las tarifas puede errarse en calcular la tasa de retorno que la empresa debe recibir por la inversión efectuada desincentivando, así, todo tipo de futura inversión en el sector económico en el que se encuentre ubicada la empresa.

En tercer lugar, siendo que en la regulación de mercados la empresa objeto de regulación depende en muchos aspectos de la toma de decisiones del gobierno, este mecanismo suele generar gastos por parte de las empresas destinados a influir en dichas decisiones, en otras palabras, suele incentivar actividades rentistas. Estos gastos resultan ser socialmente costosos por dos motivos: (i) porque cuando la empresa paga para influir en la toma de decisiones, tales decisiones se generan a un mayor costo que el necesario; y, (ii) porque cuando las decisiones del gobierno son efectivamente influenciadas por sobornos se externalizan costos a los demás miembros de la sociedad, dado que se benefician sólo los intereses de la empresa en cuestión⁶³.

De los tres aspectos negativos mencionados se puede colegir que el principal problema de la regulación de mercados es que, al centralizar la toma de decisiones, incrementa el riesgo de generar errores costosos para la sociedad⁶⁴. El riesgo es ciertamente menor cuando se descentraliza la toma de decisiones, es decir, cuando se opta por el proceso de competencia y se establecen políticas de competencia para corregir los excesos de la acumulación del poder económico.

En este marco conceptual, la política de libre competencia se presenta como la mejor alternativa legal para corregir los excesos de la acumulación del poder económico frente a una intervención del Estado más intrusiva -como la regulación de mercados- que la experiencia ha demostrado resulta ser socialmente más costosa.

5. ¿Qué conclusiones podemos extraer a partir de la experiencia norteamericana para diseñar nuestra política de libre competencia?

Habiendo optado el legislador peruano por que nuestra política de libre competencia se encamine hacia conseguir el mayor bienestar posible para los consumidores, a partir de la experiencia

(62) BULLARD, Alfredo. *Indecopi: Why isn't It a Regulatory Body?* En: Promperú Summer Research Fellowship. Lima: Beatriz Boza, 2000. pp. 135-138.

(63) Al respecto, resulta sugerente que en Estados Unidos las empresas que más contribuyen a las campañas electorales sean aquéllas que son objeto de fuerte regulación o que dependen de los subsidios del gobierno. (SULLIVAN. *Op.cit.*; p. 11)

(64) A manera de ejemplo, cabe señalar que la reciente historia económica japonesa demuestra que cuando un gobierno decide cómo deben asignarse los recursos, un mal paso puede ser costoso no sólo para la empresa en particular, sino para todo el sector industrial o aún para la economía en general. (Ibid.)

norteamericana podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Nuestra política de libre competencia debería orientarse hacia desincentivar y castigar aquellas conductas comerciales susceptibles de generar una asignación ineficiente de recursos, existiendo suficientes razones para no tomar en consideración las denominadas transferencias de riqueza.
2. Nuestra política de libre competencia no debería orientarse hacia promover el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas; para ello existen -

dentro del propio sistema de mercado- legislaciones verdaderamente útiles, como las que conceden beneficios tributarios y subsidios.

3. Nuestra política de libre competencia tiene la gran misión de garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de precios y, en esta línea, mantener la confianza de los miembros de la sociedad en que la mejor forma de generar bienestar social es orientar el sistema económico hacia el mercado; lo cual supone, mantener la política de libre competencia como la regla y la regulación de mercados como la excepción. **D&S**