

La Ley Antimonopolio: ¿por qué y cómo aplicarla?

Jorge Fernández-Baca

Economista. Profesor- Investigador de la Universidad del Pacífico.

INTRODUCCIÓN

Las recientes discusiones en torno a un proyecto de ley sobre delitos económicos han hecho evidente la necesidad de establecer un marco jurídico que proteja los derechos de los consumidores y las empresas en el Perú. Sin embargo, la principal debilidad de dicho proyecto es la ausencia de un reglamento que permita tipificar los delitos económicos a fin de poder determinar qué tipo de prácticas constituyen delito y bajo qué circunstancias.

Una de las áreas donde más se nota esta ausencia es la de las prácticas monopólicas, especialmente porque se trata de uno de los campos más complejos del derecho y donde se requiere de un mayor trabajo conjunto de abogados y economistas. Pese a que la Constitución de 1979 prohíbe expresamente los monopolios, han habido muy pocos avances en esta área, lo que en buena medida refleja el escaso desarrollo que ha tenido la "jus-economía" ("law and economics") en el Perú.

El presente artículo tiene justamente como objetivo hacer una presentación de los fundamentos básicos de la teoría de la ley antimonopolio y de los problemas que implica aplicarla correctamente. En la medida que este artículo despierte el interés de abogados y economistas se estaría también contribuyendo a iniciar la discusión interdisciplinaria de una serie de temas de mutuo interés, lo que a su vez permitiría mejorar la eficiencia de las leyes en el Perú. Muchas de las ideas que aquí se discuten están basadas en un trabajo anterior del autor sobre el tema (ver Fernández-Baca, J., 1989).

LA NECESIDAD DE UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS LEYES

"Al momento de elegir entre distintos arreglos sociales...debemos tomar en cuenta que un cambio en el sistema existente que conduce a una mejora en

algunas decisiones, también puede conducir a un empeoramiento en otras. Adicionalmente, debemos considerar los costos que involucra poner en operación los distintos arreglos sociales, ya sea en manos del mercado o de un departamento gubernamental. En el momento de diseñar y elegir entre arreglos sociales distintos tenemos que tomar en cuenta el efecto total. Este es, por encima de todo, el cambio de enfoque que estoy proponiendo" (Ronald Coase, 1960).

Con esta frase Coase no sólo cerró su célebre artículo sobre el problema de las externalidades (o del daño, en el lenguaje del derecho), sino que al mismo tiempo abrió las puertas para el desarrollo de un campo totalmente nuevo de la teoría económica, que es justamente el de la jus-economía. Tomando como referencia una larga serie de casos legales ingleses y norteamericanos, Coase demostró que las decisiones de los jueces con respecto al "daño" suelen estar basadas en principios cuestionables, muchas veces contradictorios entre sí, sin tomar en cuenta el efecto total de sus decisiones sobre el conjunto de la sociedad. Es decir, los beneficios y los costos de prohibir o inhibir una actividad que produce algún tipo de molestia.

El análisis de Coase comienza demostrando que el daño siempre tiene una naturaleza recíproca. Prohibir o inhibir una actividad "dañina" siempre involucra una pérdida económica para el causante, quien también es parte de la sociedad, así como para otros agentes económicos que se beneficiaban directa o indirectamente con esta actividad, principalmente los consumidores y proveedores. Cuando los costos de llegar a un acuerdo (costos de transacción) son suficientemente bajos, la negociación directa entre las partes (es decir, sin la intervención directa del Estado) va a garantizar la mejor asignación de recursos.

Coase cita el caso *Sturges versus Bridgman*, ocurrido en 1879, de un panadero que operaba en un

local con dos máquinas (una de las cuales ya venía funcionando allí desde hacía 60 años) sin que nadie se queje del ruido. Sin embargo, un día vino un médico a instalarse en una casa vecina y presentó una demanda judicial contra el panadero quejándose de que el ruido de las máquinas le impedía atender debidamente a sus pacientes. Este es obviamente un caso de mutua incompatibilidad, y lo que interesa desde el punto de vista de la sociedad es cuál de las dos actividades, la del médico o la del panadero, genera servicios más útiles operando en dicho lugar, y para ello podemos comparar los ingresos que cada uno genera. Si el médico es capaz de obtener mayores ingresos, y por lo tanto valora el lugar más que el panadero, entonces él puede sobornarlo para que se vaya a otro lugar. En caso contrario, el panadero seguirá operando. En uno u otro caso se ha obtenido el resultado socialmente óptimo sin intervención del Estado.

Sin embargo, cuando los costos de llegar a un acuerdo privado son altos, la intervención del Estado, más precisamente del Poder Judicial, se hace necesaria. Por esta razón los jueces tienen que considerar los costos y beneficios de sus decisiones. La mejor decisión vendría a ser aquella que genera el menor costo para la sociedad, lo que en algunos casos puede significar la necesidad de legalizar el daño. El caso del ruido que producen los aviones al momento de aterrizar en los barrios próximos a un aeropuerto, donde la molestia que sufren los vecinos puede verse ampliamente compensada por los beneficios para los pasajeros y las líneas de aviación de que el aeropuerto esté ubicado justamente en ese lugar, es uno de los varios ejemplos con que Coase ilustra este problema. Un fallo judicial que trate de eliminar el daño causado a los vecinos puede terminar originando un daño aún más grande a la sociedad.

Coase también dejó entrever que la ausencia de criterios de beneficio-costos era un problema generalizado a nivel de todas las decisiones del sector público: El Ejecutivo, El Parlamento y El Poder Judicial.

El mismo razonamiento es válido para el diseño de una ley antimonopólica: si bien hay ciertos tipos de prácticas o acuerdos comerciales que pueden generar daño a terceros, también es posible que la sociedad termine en peor situación al prohibirlos o desalentarlos.

LOS BENEFICIOS Y LOS COSTOS DE UNA LEY ANTIMONOPOLIO

Un monopolista es un vendedor (o grupo de vendedores) que tiene la capacidad de modificar el precio de venta de su producto cambiando la cantidad puesta en venta en el mercado. La esencia del concepto económico de monopolio radica entonces en el "poder sobre el precio" que pueden tener los vendedores sobre algún bien o servicio específico.

Prácticas monopólicas son todos los actos y acuerdos que implican no sólo el ejercicio de un poder ya adquirido por el vendedor, de modificar el precio de venta de su producto, sino la búsqueda de dicho poder.

Cuando se analiza un caso de monopolio o de práctica monopólica es importante considerar que el admitirlo o prohibirlo siempre implica una serie de beneficios y costos, y que en última instancia la actuación del Estado debe estar orientada a la maximización del beneficio social neto. Pero, ¿cuáles son los beneficios y los costos que están involucrados en el problema de los monopolios? Para responder a esta pregunta primero hay que tener bien en claro los objetivos que están detrás de una legislación de este tipo.

El primer objetivo que suele citarse, y quizás el más importante, es el de la eficiencia. Un resultado bien conocido entre los economistas es que si la demanda de un bien o servicio es inelástica al nivel del precio competitivo, el monopolista siempre terminará cobrando un precio mayor, lo que a su vez va a significar una reducción en la cantidad demandada. La suma del valor de los bienes que dejan de estar disponibles para la sociedad (descontando el costo de producirlos), y el mayor gasto para los consumidores de recurrir a sustitutos más caros (para reemplazar las unidades que dejan de consumirse), representan lo que los economistas denominan el costo social o la "pérdida de eficiencia social" (PES) de un monopolio. Así, por ejemplo, si una empresa monopoliza la producción de aceite vegetal, vendiendo las botellas por encima de su precio competitivo, el costo social o PES estará constituido, en primer lugar, por el valor de las botellas de aceite vegetal que la sociedad deja de consumir (descontando su costo de producción). Y, en segundo lugar, por el mayor gasto para los consumidores que encuentran demasiado caro el precio de este tipo de aceite y tienen que recurrir a sustitutos de mayor precio e inferior calidad, con relación a lo que habría sido un mercado de aceite competitivo. Es decir, el mayor costo de emplear otros productos como la manteca, margarina, mantequilla o aceite compuesto; ya sea porque tienen un precio más alto o porque generan molestias adicionales como mal sabor, problemas estomacales y otras incomodidades.

Las utilidades netas del monopolista (habiendo considerado dentro de los costos de operación el costo de oportunidad del capital invertido), también pueden ser consideradas como un costo adicional, en la medida en que representan el valor máximo de los recursos que la empresa está dispuesta a gastar para mantener su posición monopólica, recurriendo a un comportamiento típicamente "rentista", es decir, a través de sobornos, sabotaje, competencia desleal, campañas periodísticas y políticas, y otras actividades improductivas cuyo objetivo es el de crear barreras a

la competencia. Así por ejemplo, si una empresa monopólica tiene una ganancia neta de 100, ella estará dispuesta a invertir recursos hasta por un máximo de 100 para impedir la entrada de otras empresas al mercado. En un mundo donde los recursos son escasos, esto significa distraer horas de trabajo, insumos y bienes de capital, que podrían haber estado dedicadas a producir bienes y servicios socialmente útiles, pero que ahora se utilizan con fines improductivos. La sociedad deja entonces de contar con bienes y servicios valiosos hasta por un valor máximo de 100.

Sin embargo, siempre desde el punto de vista de la eficiencia no siempre los monopolios son socialmente indeseables. Existen casos especiales donde la competencia puede reducir el incentivo para producir más y reducir costos. Así por ejemplo, la libertad irrestricta de copiar nuevos productos o procedimientos técnicos inhibe a las empresas de realizar innovaciones puesto que las imposibilita de recuperar los gastos en investigación y desarrollo. Las leyes de patentes son justamente normas que le conceden un derecho monopólico al inventor, reconociendo que la competencia tendería mas bien a retrasar la innovación. El mismo principio opera para las leyes que protegen los derechos de autor para las obras literarias, musicales, teatrales o artísticas en general, de impresión para las casas editoriales y de exhibición para las productoras cinematográficas.

Otro caso interesante es el de los llamados "monopolios naturales", donde los costos fijos pueden ser tan altos que la única manera de reducir costos es dejando que una sola empresa cope el mercado. La producción de energía eléctrica y de servicios telefónicos tienen esta característica: debido al alto costo de instalar una planta, la existencia de varias empresas competidoras sólo haría aumentar el costo por unidad producida, en perjuicio del consumidor. Otro caso de naturaleza un tanto distinta, pero al que también se cataloga como "monopolio natural" es el de la explotación de un recurso agotable. Si el recurso es declarado como bien libre, la entrada irrestricta de productores sólo ocasionaría el agotamiento del recurso. La única manera de garantizar que el recurso sea explotado de forma racional es otorgando el derecho exclusivo de explotación a una sola empresa.

Por otro lado hay que considerar que un monopolio no es intrínsecamente dañino para la sociedad. Una empresa puede gozar de una posición monopólica simplemente por el hecho de haber sido la primera en ingresar a un determinado mercado, o por haber sido más eficiente que sus anteriores competidores. En este caso la empresa va a estar permanentemente interesada en ser lo más eficiente posible, produciendo a un precio lo suficientemente bajo como para disuadir a los potenciales competidores. El mismo principio se aplica al caso de un cartel o grupo de empresas que se ponen de acuerdo para fijar el

precio de su producto. Los problemas surgen cuando la empresa monopólica o el cartel erigen barreras a la entrada, por sus propios medios o con ayuda del Estado, para impedir o limitar la entrada al mercado de empresas competidoras.

Sin embargo, aún en el caso donde existan barreras a la entrada, no se puede afirmar categóricamente que la presencia de un monopolio implica ineficiencia y un bajo incentivo para la innovación. En la medida en que el objetivo de una empresa es el de maximizar ganancias, la empresa monopólica o el cartel siempre van a estar interesados en minimizar costos para aprovechar al máximo el potencial de ganancias monopólicas. El monopolio tiene por lo tanto incentivos para "simular" la lucha competitiva por la supervivencia, creando dentro de la empresa centros generadores de ganancias que compiten unos con otros para minimizar costos. Como bien dice Stigler (1976, pag. 16) al "monopolista inteligente" sólo le interesa eliminar la competencia al nivel donde ésta resulta dañina para la empresa (en la formación del precio de su producto), manteniéndola en aquellas áreas donde le permite aumentar ganancias. Es obvio que este razonamiento no se aplica necesariamente al caso de las empresas estatales, donde la búsqueda de objetivos de orden político puede reducir (o incluso eliminar) el incentivo para ser eficiente.

Desde el punto de vista de la eficiencia, por lo tanto, la existencia de un monopolio o de un acuerdo monopólico (cartel) implica una serie de costos y beneficios que es necesario evaluar antes de tomar una decisión. Sin embargo, los no economistas suelen fijarse en otros criterios de orden más bien socio-político, que como veremos a continuación no tienen un sustento tan fuerte como el de la eficiencia:

a) El primer argumento es que los monopolios transfieren riqueza de los consumidores a los accionistas de las empresas monopolísticas, es decir de los pobres a los ricos. Esto no es necesariamente cierto puesto que, como ya hemos explicado, en la medida en que estas empresas tienen que gastar recursos para mantener su posición en el mercado, las utilidades monopólicas se disipan en la compra de insumos.

b) Un segundo argumento es que la existencia de monopolios facilita la manipulación de las autoridades del gobierno (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) con el fin de obtener normas de protección. Sin embargo, también es posible que la concentración de poder económico en una industria facilite el funcionamiento de acuerdos privados que minimicen la necesidad de manipular el proceso político.

c) Otro argumento es que al imponer leyes que promuevan la competencia limitando el poder monopólico de las grandes empresas se va a favorecer a las empresas pequeñas. Sin embargo, es difícil

imaginar en qué medida una ley antimonopólica puede servir como instrumento de apoyo a la pequeña empresa. Incluso la ausencia de leyes contra los monopolios puede desfavorecerla dado que la brecha entre precio y el costo de producción que se genera en los mercados monopolizados abre un espacio para empresas pequeñas marginales ineficientes, que sobreviven gracias a que pueden vender a un precio relativamente alto.

En síntesis, el enfoque que estamos aquí proponiendo consiste en que no debe considerarse a los monopolios ni a las prácticas monopólicas como situaciones o hechos intrínsecamente dañinos a la sociedad, sino sólo en la medida en que produzcan resultados indeseables desde el punto de vista de la eficiencia. Es decir, que como resultado de su existencia se produzcan incrementos en el precio de venta y reducciones en la cantidad producida, respecto a lo que sería una situación competitiva.

Esto significa que antes de tomar una decisión respecto a si debe o no prohibirse o sancionarse una situación de monopolio o una práctica monopólica, debe aplicarse un análisis de beneficio-costos que identifique y trate de cuantificar los efectos positivos y negativos que están generando. También hay que considerar el peligro de desperdiciar recursos en perseguir y sancionar prácticas que no generan mayor daño a la eficiencia, que bien podrían dedicarse a investigar otras prácticas mucho más perjudiciales desde el punto de vista de la sociedad.

ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE UNA LEY ANTIMONOPOLIO

Uno de los casos típicos de aplicación de leyes antimonopólicas es el que se refiere a los carteles, o sea los acuerdos entre dos o más empresas para fijar precios. La práctica común en varios países ha sido la de considerar la intención de fijar precios como un acto ilegal per se, incluso antes de que se haya concretado. Sin embargo, la aplicación del análisis económico sugiere que sólo se debería prestar atención a aquellos acuerdos que se realizan en mercados donde efectivamente existen las condiciones para fijar precios monopólicos. Algunas de estas condiciones son las que citamos a continuación:

a) Un mercado altamente concentrado. Stigler (1976) propone la regla de observar si las cuatro mayores empresas concentran 60% o más de las ventas totales del mercado.

b) Una demanda inelástica para el bien en cuestión. Esto implica la presencia de pocos bienes sustitutos, es decir, que cumplan la misma función con características similares.

c) Un alto costo de entrada al mercado, lo que podría medirse en base al volumen de los costos fijos

y a la dificultad de aprovisionarse de los insumos y bienes de capital necesarios para producir.

d) La frecuencia con que se realizan licitaciones con sobre cerrado. Contrariamente a lo que se suele pensar, este tipo de licitaciones abarata el costo de funcionamiento de un cartel, puesto que en la medida en que la empresa que gane la licitación no sea la que designó el cartel, se hace más fácil detectar a la empresa que no cumplió el acuerdo.

Otro caso, que está muy relacionado con el anterior, es el de los acuerdos de concentración horizontal, es decir, cuando una empresa adquiere los activos de otras empresas del mismo ramo, o simplemente se fusionan dos o más empresas, y de esta manera se incrementa el grado de concentración dentro de la industria. Aquí es muy importante saber de antemano cuán concentrada estaba previamente la industria y en qué medida se va a aumentar el grado de concentración. De lo contrario puede estarse desalentando prácticas que no sólo ocasionan poco o ningún daño a la eficiencia sino que incluso podrían estar promoviendo. A manera de ejemplo podemos poner el caso de una industria donde los cambios en las condiciones de la oferta y la demanda determinan que aumente el tamaño mínimo eficiente de planta. Un cambio tecnológico que haga necesario aumentar el tamaño de planta para reducir el costo unitario de fabricación sería una situación de este tipo. Una intervención estatal en contra de fusiones o absorciones en industrias de este tipo podría ser sumamente perjudicial para la eficiencia económica puesto que impediría que se reduzca el precio de venta.

Otras prácticas que también merecen un análisis previo detallado son los acuerdos de exclusividad y las cláusulas de atadura, que en determinadas circunstancias pueden estar promoviendo la eficiencia. El caso de un fabricante que sólo vende a través de distribuidores exclusivos (caso de Sony con Carsa), puede estar reflejando simplemente el deseo del productor de trabajar con casas comerciales de garantía que brinden buena información y servicios de reparación para evitar que la marca se desprestigie. Una situación muy similar es la que ocurre cuando el fabricante impone condiciones de venta o uso al consumidor o distribuidor. Un caso típico es la fijación de un precio mínimo de venta, que podría estar reflejando el deseo del fabricante de que los distribuidores compitan entre sí no a través del precio al minorista, sino de los servicios al cliente. La competencia vía precios implicaría la reducción de los servicios al cliente, lo que restaría prestigio al producto.

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El análisis que hemos presentado en este artículo ha estado orientado a demostrar la necesidad de enfocar con un criterio económico, más específicamente el de la eficiencia, el problema de los monopo-

lios. Así como un monopolio o una práctica monopólica pueden generar efectos nocivos en cuanto a precio y cantidad, también pueden constituir una respuesta eficiente, e incluso socialmente deseable. Por esta razón es que es sumamente necesario el trabajo conjunto de abogados y economistas, que hayan estudiado el tema y estén familiarizados con la experiencia extranjera, especialmente la norteamericana y la de la Comunidad Económica Europea, que son las más ricas en cuanto a trabajo analítico y recomendaciones prácticas.

BIBLIOGRAFIA

COASE, RONALD H. 1960, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law and Economics, vol. III, October pp. 1-44.

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. 1989, La Ley Antimonopolio, Instituto Libertad y Democracia, Lima.

POSNER, Richard A. 1976, Antitrust Law: An Economic Perspective, The University of Chicago Press, Chicago and London.

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS. GERENCIA DE PROYECTOS**

**Av. República de Chile Nº 388
Lima 11 Perú**

**Tel. : 335524
Fax : (51-14) 332696**