

LA TRANSPARENCIA Y LAS POLÍTICAS ANTIMONOPÓLICAS


*R. Preston MacAfee***

RESUMEN

Este artículo analiza los principales aspectos del toma y daca entre una política antimonopólica transparente y una política que para las autoridades represente menos información y mayor discreción. Existe un fenómeno creciente en el empleo estratégico o el uso inadecuado de las prácticas antimonopólicas por parte de las empresas, y este uso inadecuado genera desafíos para la aplicación de las medidas antimonopólicas y la transparencia.

ABSTRACT

This paper discusses the major tradeoffs between a transparent antitrust policy and a policy providing less information and more discretion on the part of the authority. A growing phenomenon is the strategic use or misuse of antitrust by firms, and this misuse creates challenges for antitrust enforcement and transparency.

INTRODUCCIÓN

El análisis de las medidas antimonopólicas, tal como lo han realizado las autoridades antimonopólicas y las comisiones de competencia, ha avanzado contundentemente en los pasados 50 años. En 1960 la opinión prevale-

* *Palabras clave:* antimonoplio, competencia, poder de mercado, transparencia. *Clasificación JEL:* D4, D40, D41. Artículo recibido el 15 de diciembre de 2009 [traducción del inglés de Karina Azanza y Brian Mc Dougall]. Las opiniones que aquí se presentan son las del autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de Yahoo! Inc.

** Vicepresidente e investigador Yahoo! Research (correo electrónico: preston@mcafee.cc).

ciente era que los únicos temas de los cuales deberían ocuparse las medidas antimonopólicas eran la creación de monopolios y la disuasión de la colusión, y esta última se evaluaba con base en la participación de mercado de las cuatro empresas más grandes. Ahora empleamos un análisis mucho más matizado, en el que se evalúan los efectos unilaterales de las combinaciones, que reconoce que las ganancias en eficiencia benefician a la sociedad aun cuando se vean mermadas hasta cierto punto por el ejercicio del poder de mercado, que la competencia es dinámica y que una gran participación de mercado en una industria que frecuentemente es trastornada por la entrada perjudicial de nuevos participantes en el mercado pudiera no ser un indicio del poder efectivo del mercado. La creciente complejidad del análisis antimonopólico ha reducido la transparencia de los criterios y del proceso de evaluación. Este artículo considera los costos y los beneficios de la transparencia en el contexto del análisis moderno de las medidas antimonopólicas.

Hay errores en el marco de trabajo analítico. Más aún, las medidas antimonopólicas se han tornado explotables como instrumentos competitivos para las empresas, que los usan para acosar, distraer y generalmente obstaculizar a sus competidores, para entablar contrademandas y obtener una ventaja estratégica. El uso inadecuado de las medidas antimonopólicas es un fenómeno creciente que debería influir en la elaboración de las políticas y procedimientos antimonopólicos; a la vez afecta el nivel óptimo de transparencia.

La transparencia *ceteris paribus* es una gran característica de cualquier régimen regulatorio. Sin embargo, hay otros asuntos que forzosamente no son iguales: el incremento en la transparencia tiene un efecto enorme en los costos, la flexibilidad y la legitimidad. Por ende, la transparencia óptima requiere un equilibrio en los costos y los beneficios.

I. EL MARCO DEL ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ANTIMONOPÓLICAS ESTÁ INCOMPLETO

Algunos analistas, vinculados con la “Escuela de Chicago”, consideran que los mercados son “el mejor de todos los mundos posibles”, por lo que cualquier combinación impulsada por el mercado es buena para la sociedad en general. Desafortunadamente, algunos ejemplos sugieren que este es un razonamiento ingenuo. Por ejemplo, en marzo de 1979, Xidex Corporation compró Kalvar Corporation. Ambas empresas se dedicaban a la producción de microfilmes hechos de materiales distintos de la plata. Tras la adquisi-

ción, Xidex cerró la planta de Kalvar, despidió a los empleados e incrementó los precios en al menos 25%. Dado que las corporaciones son motivadas por el afán de lucro, no existe razón para esperar que las actividades de fusión y cooperación de las empresas deban beneficiar a los consumidores: la mano invisible requiere que haya competencia. Otros analistas, en su mayoría abogados y no economistas, piensan que el problema es el tamaño en sí, por lo que consideran que todas las fusiones son malas. Esta opinión es tan ingenua desde el punto de vista económico que muy pocos economistas lo afirman. Mi ejemplo favorito es la fusión de Lockheed y Northrop, que llevó a la creación del misil de crucero furtivo, una de las mayores innovaciones del armamento militar desde la segunda Guerra Mundial.

Mi premisa inicial es que existe un problema antimonopólico no trivial: algunas acciones corporativas son inherentemente anticompetitivas, mientras que otras son procompetitivas, y la meta de las autoridades antimonopólicas o de la comisión de competencia es impedir las acciones anticompetitivas a la vez que no se deterioren las acciones procompetitivas. La mayoría de los problemas de la monopolización se autocorrigen con el tiempo. Los nuevos participantes en el mercado lidian con las patentes existentes o crean otras soluciones para las necesidades de los clientes. Las mejoras tecnológicas pueden viciar las necesidades del cliente como, por ejemplo el DVD sustituyó a la videocinta. Incluso cuando las combinaciones proporcionan la capacidad de incrementar los precios al consumidor, la velocidad a la que el poder del mercado es amenazado por la entrada de nuevos participantes es crítica. Por ende, la aplicación de medidas antimonopólicas consiste frecuentemente en evaluar el momento oportuno para permitir y retrasar la entrada de nuevos participantes y opciones. Muchas correcciones llevan mucho tiempo, mientras que otras suceden con rapidez.

El Servicio Postal de los Estados Unidos tiene el monopolio legal del correo de primera clase dentro de ese país. Este monopolio legal crea una gran barrera de entrada y durante decenios hubo pocas opciones al uso del servicio postal. Sin embargo, ahora la lista de opciones es considerable: el correo exprés, el fax y el correo electrónico compiten vigorosa y exitosamente con el servicio postal. Desde la perspectiva de 1950, el monopolio postal fue increíblemente duradero, pero la competencia surgió a la postre. En 2004 el programa Internet Explorer de Microsoft obtuvo una posición dominante en el mercado de los navegadores, con una participación de más de 90%, lo que en esencia aplastó a todos los competidores del sistema operativo Win-

dows de Microsoft. Cinco años después, su participación se ha reducido a cerca de 65% y existen competidores y opciones considerables.

Gran parte del análisis de las medidas antimonopólicas se centra en las barreras a la entrada y, desde luego, éstas son necesarias para que el daño antimonopólico persista. Sin embargo, la durabilidad de las barreras de entrada se ha estudiado mucho menos, tanto desde el punto de vista empírico como el teórico, a pesar de que las barreras sólo son importantes en tanto que sean duraderas. Por ejemplo, los costos de capital, las economías de escala y el riesgo no son barreras en el sentido clásico de George Stigler a menos que afecten a los nuevos participantes en el mercado de una manera distinta de la que afectan a quienes ya participan en él. Si los participantes existentes del mercado pagaran el mismo costo de capital que un nuevo participante potencial necesitaría pagar, dicho costo difícilmente sería una barrera de entrada sino simplemente un costo en el curso del negocio. No obstante, un costo irrecuperable, considerable y pagadero por anticipado puede fácilmente mejorar la durabilidad de otras barreras al hacer que el ingreso al mercado sea muy riesgoso para una empresa. De manera similar, la necesidad de adquirir tecnología no patentada o de aprender sobre la marcha no es una barrera de entrada, aunque quizás acentúe otras barreras al retrasar mucho la entrada al mercado, incluso si se trata de una operación rentable.

Muchas —quizá incluso la mayoría— de las cuestiones en que se enfocan las autoridades antimonopólicas representan un toma y daca. En el análisis de fusiones, una empresa que se fusiona con otra pudiera convertirse en un competidor más efectivo, lo que mejoraría la competencia y crearía la capacidad de ejercer un modesto poder de mercado en un segmento del mercado. Una inversión conjunta, el uso de patentes mancomunadas, la organización de los estándares y otros acuerdos cooperativos pueden tener las mismas características. Las evaluaciones antimonopólicas requieren forzosamente de que se equilibren las ganancias de la competitividad mejorada con el costo social del poder monopólico. Con frecuencia, se necesitan juicios sólidos.

Tenemos un marco de trabajo analítico incompleto con qué evaluar el retraso y considerar el toma y daca de los acuerdos de los negocios cooperativos. Se ha hecho un esfuerzo modesto de investigación respecto a las causas de los retrasos en la entrada de nuevos participantes al mercado y muy pocos análisis consideran el riesgo. No obstante, el riesgo es quizá el factor más importante que influye en la decisión de entrar a un mercado. El riesgo hace que “optar por el retraso” sea algo valioso; la entrada al mercado ejerce

esa opción y, por tanto, agota ese valor. Tratándose de riesgos altos, el valor de la opción de retrasar la entrada es enorme.

Asimismo, es evidente que incluso los análisis muy elaborados de la conducta corporativa pierden de vista factores notorios e importantes. Muchas fusiones son improductivas o inesperadamente difíciles de llevar a la práctica. Algunos ejemplos destacados incluyen la adquisición que General Motors hiciera de Electronic Data Systems, la compra de Columbia Pictures por parte de Sony y la adquisición de Chrysler a manos de Daimler. En algunos casos la complejidad de las relaciones de negocios lleva a resultados humorísticos, como es el caso reciente en que Wells-Fargo se autodemandó. Por tanto, el marco de trabajo analítico que emplean las mismas empresas está incompleto, de lo contrario, no habría tantos fracasos notorios. Es irracional esperar que las autoridades antimonopólicas realicen análisis de las fusiones más efectivamente que las partes implicadas en la fusión.

II ¿SON COMPATIBLES LA TRANSPARENCIA Y LA BUENA ECONOMÍA?

Debido a la complejidad de los factores que tiene el análisis antimonopólico y el marco de trabajo analítico incompleto, es imposible redactar reglas claras y sensatas que efectivamente eviten los perjuicios al consumidor y que permitan o incluso fomenten las acciones procompetitivas. Todas las reglas claras están sujetas a errores, lo que evita el comportamiento procompetitivo o permite conductas anticompetitivas duraderas. La aplicación efectiva de las medidas antimonopólicas precisa del mal llamado “imperio de la razón”, en el que cada caso requiere la evaluación de un ejército de economistas y abogados, en lugar de una prueba sencilla como sería el valor crítico de la participación de mercado. Las proclamaciones que se dan, por ejemplo, en el Reglamento de Fusiones de los Estados Unidos, son útiles para entender tanto el proceso de evaluación como la metodología empleada; son y deben seguir siendo lineamientos.

Por tanto, la transparencia debe enfocarse en el proceso de evaluar las medidas antimonopólicas y no en las reglas en sí. Dado que la transparencia trata el proceso, la mayoría —si no es que todas— las ventajas de los procesos transparentes pueden obtenerse mediante la revelación posterior a los hechos y no por medio de la apertura contemporánea. Es decir, basta con revelar el fundamento de las decisiones —y quizá la metodología— después del hecho, en vez de hacerlo durante la evaluación.

Uno de los principales impedimentos prácticos de la transparencia es que ésta es en sí un flujo continuo. Probablemente la “transparencia total” sea irrealizable; en muchos casos no se podrá publicar la información analítica no articulada, como cuando una situación es similar a otro caso de monopolización, o si se echa mano de cálculos improvisados para cercenar una investigación. Por ejemplo, un analista puede hacer un cálculo mediante participaciones de mercado a sabiendas de que tienen errores, para aproximar un efecto y luego descubrir si las “cifras aproximadas” sugieren que se debe proceder o no. Dado que el análisis antimonopólico ocurre en un mundo de datos imperfectos y modelos incompletos, estas aproximaciones son comunes, ya que hay una gran necesidad de reducir el alcance del problema a analizar a un nivel manejable. Sin embargo, para publicar estas aproximaciones es necesario retomar el análisis de modo que sea comprensible para otros, ¡con lo que se elimina la razón en sí de los cálculos! Si pensamos en la transparencia como una escala porcentual en la que el 0 es kafkiano y el 100% es la transparencia total, el costo de la transparencia ciertamente se desvía hacia el infinito a medida que nos acercamos a la transparencia total.

III. EL TOMA Y DACA DE LA TRANSPARENCIA

Al sopesar el valor de la transparencia la bibliografía del tema ha identificado muchos costos y beneficios distintos. La mayoría de los autores promueve o se opone a la transparencia con base en el hincapié en una o dos de estas múltiples consideraciones; es preferible tener presente el rango completo en vez de destacar sólo una o dos de ellas.

En la parte negativa, la transparencia fomenta las reglas claras, que como ya se mencionó, llevan a errores constantes y evitables relativos a un análisis más matizado. Las reglas claras se fomentan porque de otra manera se hace muy difícil comunicar el razonamiento detrás de las decisiones. Por ejemplo, es fácil decir “este caso cumplió con una regla simple”, lo cual estimula el uso de dichas reglas simples, incluso si con la regla simple se cometen grandes errores porque hace caso omiso de factores importantes.

La transparencia incrementa mucho la carga impuesta a las autoridades reguladoras, quienes deben revelar los resultados y razonamientos. Proporcionar una descripción comprensible de los razonamientos puede resultar mucho más costoso que el razonamiento en sí, por la misma razón por la que es más difícil documentar un código de computación que escribirlo.

Además de los costos directos, es probable que existan muchos costos indirectos que surgen de la cobertura mediática y política y del cuestionamiento de las decisiones. Los análisis antimonopólicos son objetos grandes y complejos que no se prestan a un discurso basado en frases breves y sencillas, como el que es tan común en la prensa.

Los crecientes gastos de recursos asociados con la transparencia tenderán a desmotivar las investigaciones porque ahora éstas tienen el costo agregado de la divulgación. Por ende, es posible que algunas investigaciones que deberían efectuarse se cancelen para evitar la carga de la divulgación. Pero esta no es la única manera en que la transparencia puede influir en los resultados. Tal vez se dé seguimiento a algunos casos para evitar sentar un mal precedente. Por ejemplo, una fusión que lleva a una participación de mercado de 100% en una industria de fácil acceso podría someterse a escrutinio para evitar sentar el precedente de que una fusión monopólica es aceptable en ciertas circunstancias.

La transparencia también amenaza con retrasar un proceso que ya de por sí es prolongado. La documentación de los pasos en un proceso complejo de toma de decisiones desincentiva los atajos y las aproximaciones, además de que motiva la “propiedad del proceso” por encima de la eficiencia del proceso.

Las decisiones pasadas se convierten en una limitación del sistema. Durante los pasados 40 años, la calidad y complejidad del análisis antimonopólico se han incrementado marcadamente. Sin embargo, el sistema judicial estadounidense, que depende en gran medida de los precedentes, se ha visto mucho más lento en adoptar las técnicas nuevas. Por ejemplo, los tribunales han tratado los productos competidores como existentes en el mercado o fuera del mercado con base en simplificaciones históricas. Las técnicas para la evaluación de la competencia imperfecta, que permiten un análisis más matizado, generalmente no se aceptan en juicio. La transparencia aumenta la probabilidad de que las decisiones pasadas influyan erróneamente en las decisiones futuras y limiten la capacidad de las futuras investigaciones para aprovechar las nuevas técnicas.

La actividad asociada con las fusiones cambia drásticamente de vez en cuando, y en ocasiones hay hasta tres veces más fusiones en los años de auge que en los años de poca actividad. En los años de gran actividad, la autoridad pudiera razonablemente permitir algunas fusiones “marginales” que se sospecha que son un poco anticompetitivas pero respecto a las cuales no tiene

suficientes recursos para fincar un caso legal. Existe el riesgo de que tales decisiones se conviertan en precedentes y ese riesgo es magnificado considerable por la transparencia.

Asimismo, la transparencia podría fomentar el declive de los estándares, al estilo del análisis de Sobel de las decisiones de titularidad, publicado en 2000. Enfoquémonos por un momento en dos factores: la participación de mercado y la velocidad del ingreso. Supongamos que la autoridad permite una participación de 30% con un tiempo de entrada de dos años, y una participación de 40% con un tiempo de entrada de un año. Una fusión del tipo “40%, 2 años” podría ser difícil de bloquear, porque cumple con uno de los criterios de cada uno de los casos permitidos. Este fenómeno es en particular posible cuando se implica en la evaluación algunos factores difíciles de resumir, lo que hace probable la existencia de precedentes indulgentes. Es claro que los estándares de la aplicación de las reglas de fusiones en los Estados Unidos han caído drásticamente en los pasados cinco decenios y que hay fusiones que seguramente se habrían puesto en entredicho y sin embargo no fue así. En algunos casos esta benevolencia es el resultado de un mayor entendimiento de las economías de escala y la competencia, pero no en todos.

Con frecuencia, las autoridades antimonopólicas carecen de pericia en las industrias que evalúan. En estas situaciones se basan en información proporcionada por competidores, clientes y proveedores. Es posible que estas entidades transmitan información importante y pertinente a la autoridad en privado, y esa privacidad es un prerrequisito de su disposición para revelar esta información. Cuando hay transparencia en este proceso, la probabilidad de que dicha información llegue al dominio público es mucho mayor. Por ejemplo, en el caso de BP-Arco ciertos documentos divulgados por el tribunal dieron lugar a demandas colectivas en contra de BP. El riesgo de una difusión de información disminuye la voluntad de las empresas de hablar con honestidad con las autoridades antimonopólicas, lo cual, a su vez, reduce la calidad de la información disponible y, por ende, la calidad de las decisiones.

Ante un conjunto de aspectos negativos tan abrumador, tal vez resulte sorprendente que haya gente en favor de la transparencia. Sin embargo, las ventajas que trae la transparencia son igualmente abrumadoras. El efecto directo de la transparencia consiste en un mayor conocimiento del proceso entre las empresas y el público. Este mayor conocimiento puede fomentar el

cumplimiento autónomo: las empresas que saben que sus acciones serán puestas en entredicho evitarán acciones de esta índole.

Algunos de los buenos efectos en la autoridad antimonopólica en sí son el fomento de la rendición de cuentas y la disminución en el prejuicio y la parcialidad personales. Dado que el fundamento de las decisiones y del razonamiento se hace público, las malas decisiones atraen atención negativa en la prensa hacia la autoridad, lo que desmotiva esas malas decisiones. A su vez, la reducción en el prejuicio y la parcialidad y el aumento en la rendición de cuentas hacen que el proceso sea mucho más justo y equitativo.

El aumento en la rendición de cuentas y la reducción en la toma de malas decisiones tienen una ramificación importante, misma que ciertos autores califican por encima de las demás. Esta ramificación consiste en una mayor confianza en el proceso. Cuando el proceso es secreto, a puerta cerrada y en los anacrónicamente denominados “cuartos llenos de humo”, es fácil creer que el cohecho, la corrupción o las influencias personales tuvieron vale en las decisiones. La transparencia disipa estas creencias y así motiva la fe en el proceso.

Por último, el análisis antimonopólico se está convirtiendo cada vez más en un campo de minas internacional, en el que están implicadas grandes corporaciones sujetas a múltiples jurisdicciones antimonopólicas. En los Estados Unidos las leyes antimonopólicas estatales se usan usan con frecuencia para incomodar a las corporaciones nacionales o internacionales, con la participación de un ejército de abogados. Más sustantivamente, la Unión Europea bloqueó la fusión de General Electric con Honeywell, dos empresas ubicadas en los Estados Unidos. El problema de la conciliación internacional de las fusiones se hará más prominente en el futuro próximo. Al fomentar el entendimiento entre otras autoridades antimonopólicas, la transparencia mejora la calidad y la coherencia de las decisiones de las autoridades en distintas jurisdicciones.

IV LA TRANSPARENCIA: UNA CUESTIÓN DEL PROCESO Y NO DE LOS DETALLES

La mayoría de los beneficios de la transparencia provienen del hecho de que otorga a todos los observadores interesados un entendimiento del proceso empleado y de que el proceso se respetó. La mayor parte del daño provocado por la transparencia surge de los detalles. Por tanto, una estrategia para la transparencia es la de proporcionar información del proceso, pero al mismo

tiempo suprimir datos y pormenores específicos. La información proporcionada debe equilibrar los costos y los beneficios. En los ámbitos en los que las empresas tengan dudas de la aplicación de las políticas o en los que haya poca fe en la autoridad, debe proporcionarse más detalle.

Las políticas de competencia son una disciplina en evolución y las autoridades antimonopólicas deberían evaluar constantemente los nuevos métodos científicos para las políticas de competencia. Esto es importante no sólo para mejorar la calidad de la toma de decisiones, sino también para la conciliación internacional. La evaluación frecuente de las metodologías alternas, en particular a la luz de su aplicación en otras jurisdicciones, hace que sea más posible que se logre la armonización de las medidas antimonopólicas internacionales y que éstas se coordinen respecto a las mejores prácticas.

V. EL ABUSO ESTRATÉGICO DEL PROCESO

Cada vez más las empresas estadounidenses usan medidas antimonopólicas como un “instrumento competitivo” con el cual contener a la competencia. Presuntamente, Sun Systems ayudó a fincar el caso antimonopólico en contra de Microsoft entablado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos al proporcionar el análisis de expertos y reunir testimonios de otras empresas. Independientemente de los méritos del caso, este incidente sirve de ilustración respecto a la capacidad de las empresas para influir la manera en que se aplican la vigilancia y el control antimonopólicos. Este aumento en el uso de las leyes antimonopólicas para el avance de las corporaciones tiene consecuencias en la evaluación antimonopólica y la transparencia.

Del mismo modo que las corporaciones hacen cabildeos con los legisladores y los reguladores de la industria, asimismo están empezando a hacer lo propio con las autoridades antimonopólicas. Con frecuencia se mencionan estos esfuerzos de cabildeo en las noticias. Existen varios motivos para que las corporaciones cabildeen con las autoridades antimonopólicas y la mayoría de ellos no están dirigidos a mejorar la efectividad competitiva del mercado. Ciertamente, las empresas rara vez se benefician de la competitividad de su industria, así que, en general, cabildean contra acciones que hagan que sus competidores sean más competitivos. Por eso, la explotación estratégica de las leyes antimonopólicas representa una creciente amenaza para la integridad y la legitimidad de la vigilancia y el control antimonopólicos.

Es ingenuo pensar que existe una solución sencilla para el abuso estraté-

gico del proceso. El problema que enfrenta la autoridad antimonopólica es que necesita información que está en manos de las empresas: competidores, clientes y proveedores. Una autoridad está imposibilitada para tomar decisiones sensatas sin consultar con diversos participantes de la industria y estas consultas son comunes en todo análisis antimonopólico. En muchos casos es necesario obtener datos de las transacciones para evaluar una propuesta de combinación. En consecuencia, la estrategia de “simplemente evitar el cabildeo” es insostenible. La autoridad sencillamente no puede hacer su trabajo sin hablar con los participantes.

La necesidad de hablar con los participantes abre la puerta a las comunicaciones estratégicas, a fines ocultos y a la manipulación. En esencia, las compañías ahora tienen un incentivo para manipular el mensaje a fin de impulsar sus propios intereses. Estos intereses van desde distraer a un rival o retardar un acuerdo en pro de la competencia hasta comprometer a un competidor en un penoso litigio que dure años y le impida la entrada al mercado. Los clientes quizá se opongan a las fusiones de proveedores que beneficiarían a la sociedad gracias a las importantes ganancias en eficiencia que supondrían pero que aumentarían la capacidad de negociación de los proveedores.

Un factor que exagera el problema del abuso estratégico es que las industrias estén en favor de las barreras de entrada, ya que éstas aumentan las utilidades de todos los beneficiados. Por ende, uno de los mayores usos del cabildeo es la creación de barreras de entrada. Este uso pone de cabeza las leyes antimonopólicas al invocar una política en pro de la competencia para reducir la competencia.

Además, el cabildeo favorece la concentración de intereses. Como se ha visto en el caso de las cuotas azucareras en los Estados Unidos, un grupo reducido con grandes intereses logra un cabildeo más efectivo que un grupo grande con intereses menores, incluso si la totalidad del grupo grande tiene un incentivo económico mayor. La trascendencia de la concentración de intereses surge del “problema del polizón”. El cabildeo es oneroso y aquellos que tienen mayores intereses lo harán proporcionalmente a escalas mayores. En consecuencia, el efecto de la manipulación estratégica de las autoridades antimonopólicas tiende a alejarlas de las decisiones que mejor reflejen la efectividad social en general y las desvía hacia la protección de los participantes arraigados en la industria.

La transparencia exagera el abuso estratégico de las medidas antimonopólicas al incrementar el número de puntos que la empresa puede impulsar,

influir y manipular. Cuando existe un motivo conocido para una investigación antimonopólica, una empresa puede manipular los datos, a menudo de maneras aparentemente inocuas, para desencadenar esa investigación. Hoy por hoy, las personas con experiencia en las actividades antimonopólicas tienen gran demanda como asesores en ese proceso. La transparencia concentra y reduce el costo del cabildeo al identificar dónde hay mayor probabilidad de éxito y viceversa. Al mismo tiempo, la transparencia crea igualdad de condiciones al hacer que los esfuerzos de “contracabildeo” sean exitosos.

Elaborada como una “guerra de desgaste”, una reducción en los costos de transacción del cabildeo aumenta los niveles totales de cabildeo, al menos entre partes asimétricas. En una situación así, la reducción en los costos de cabildeo puede, en la realidad, perjudicar a todas las empresas —aun a aquellas que a la postre resulten ganadoras—. De esta manera la transparencia puede en realidad perjudicar a todas las partes.

La litigación antimonopólica privada

En el tema del abuso estratégico del proceso antimonopólico surge una cuestión relacionada con los casos de acción antimonopólica entablados por particulares. Los Estados Unidos permiten este tipo de litigio aunque la mayoría de los países no. Las demandas privadas incrementan automáticamente el potencial del abuso estratégico, sobre todo respecto a nuevas empresas pequeñas que entran al mercado y que no pueden solventar el costo del litigio. (Las nuevas empresas grandes son comunes pero son capaces de soportar los litigios entre particulares.)

Ciertamente existen ejemplos de acciones antimonopólicas válidas entabladas por particulares. Sin embargo, muchas de las acciones antimonopólicas entabladas por particulares surgen como respuesta a otras acciones, como por ejemplo las demandas por violación de patente, es decir, son de carácter punitivo. Dichas acciones tal vez sirvan a los intereses de particulares pero rara vez sirven a la sociedad en general, lo cual no es de sorprender. En el caso de la autoridad gubernamental, el gobierno representa a la sociedad. En el caso de un litigio entre particulares, ninguna de las partes representa a la sociedad, salvo quizá el adjudicador. Por ende, estas demandas suelen entablarse a fin de impulsar los intereses de una sola empresa y no de la sociedad.

En resumen, las acciones antimonopólicas entabladas por particulares son problemáticas para la sociedad y posiblemente deberían prohibirse. El resto del mundo tiene este derecho exclusivo. El gobierno debería proteger la competencia, no las empresas individuales que carecen de un interés real en fomentar una mayor competencia.

VI. LAS MEDIDAS ANTIMONOPÓLICAS SEMEJANTES A ARMAS NUCLEARES

Ciertamente, una investigación antimonopólica de gran escala es costosa. La fusión de Exxon y Mobil, que creó la empresa más grande del mundo en aquel momento, significó la entrega de más de 125 millones de páginas de documentos a la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Con todo ese papel se podría hacer una pila de 13 kilómetros de altura y el expediente tenía un índice que llenaba miles de páginas, por lo que había un índice para el índice —el cual por sí solo constaba de cientos de páginas—, así que había un índice del índice del índice. Las investigaciones antimonopólicas con frecuencia son acontecimientos grandes y complejos que requieren cientos de personas trabajando tiempo completo y miles de discos duros clonados y escaneados en busca de documentos pertinentes. Es necesario que los ejecutivos se preparen y den su testimonio, lo cual implica la pérdida de muchos días de trabajo.

Un arma que nunca habrá de usarse no tiene utilidad alguna; debe haber alguna circunstancia en la que podría utilizarse para que tenga efecto. Aun así, un arma tan grande que sólo haya de usarse en circunstancias verdaderamente extraordinarias tiene una utilidad limitada como disuasivo en circunstancias normales. La presencia de sus asombrosos arsenales nucleares no pudo disuadir ni a los Estados Unidos ni a la Unión Soviética de enfrentarse indirectamente entre sí (en Vietnam y Afganistán).

La teoría moderna de la disuasión destaca la política arriesgada. El objetivo es dar una respuesta al mal comportamiento, no mediante el uso del arma nuclear, sino al aumentar la probabilidad de que los acontecimientos se descontrolen por completo, lo cual llevaría finalmente al uso del arma. Por ende, la amenaza no es el uso del arma, sino un aumento en la probabilidad de que sea utilizada.

Por ser tan costosos, los juicios antimonopólicos son como un arma nuclear. Asimismo, por ser como un arma nuclear, la estrategia correcta para ejercer su poder no consiste en una regla clara, la cual motiva a los actores a

conducirse “cerca de la línea permisible”, sino una respuesta más matizada, adecuada y medida gobernada por circunstancias específicas.

La capacidad de observar el interior del proceso de toma de decisiones de la autoridad antimonopólica representa una invitación a las empresas para que entren en un juego de política arriesgada, lo que a la postre desencadenará con más frecuencia un mal desenlace. Por consiguiente, se requiere cierto grado de ambigüedad para que se pueda hacer un uso eficaz y habilitado del arma nuclear que constituyen las medidas antimonopólicas.

CONCLUSIÓN

Quizá la lección más importante de la reforma económica de los países comunistas es que las empresas públicas tienen importancia sólo en el corto plazo; casi todo el crecimiento proviene de los nuevos participantes que entran al mercado. Por eso, el juramento hipocrático de las autoridades antimonopólicas es “no desmotivar el ingreso al mercado”. Las acciones que interfieren en los mercados que funcionan bien hacen más perjuicio que bien y es mejor permitir el ejercicio transitorio del poder del mercado que microrregular las operaciones de dichos mercados. La microrregulación invasiva crea el riesgo de bloquear la “destrucción creativa” que representa la entrada de nuevos participantes al mercado a fin de lograr una ventaja nimia y transitoria.

La política antimonopólica tiene un marco incompleto; en consecuencia, por lo general no es posible articular reglas claras para una autoridad antimonopólica. Entonces, en el mejor de los casos, la transparencia debería basarse en el proceso —y no en las reglas— que rige el análisis antimonopólico. Aun así, la transparencia es forzosamente incompleta. Cuando se promueve la transparencia, es mejor promoverla en términos del proceso en lugar de los detalles.

En general, los gobiernos tienen mucho poder y el potencial de que se haga mal uso de él. El estado incompleto de la transparencia realza el poder de las autoridades antimonopólicas. Por eso, un sistema de revisión judicial independiente es valioso. Desafortunadamente, la revisión judicial a menudo resulta menos eficaz en el caso de las medidas antimonopólicas debido a que la pericia que se requiere es tan rebuscada.

El problema del abuso estratégico de las medidas antimonopólicas está en aumento y seguirá creciendo. Con frecuencia, este tipo de abuso es perjudicial para el público, pero también con frecuencia para la comunidad empre-

sarial, ya que representa un juego de suma negativa. Limitar la capacidad de las empresas para desencadenar investigaciones antimonopólicas puede beneficiar a las empresas y a la sociedad en general. El abuso estratégico de las medidas antimonopólicas equivale a la “teoría de la captura” de la regulación, en la que regulación evoluciona mediante el cabildeo para beneficiar a las empresas reguladas y no a los consumidores finales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APEC (2003), “Competition Policy/USA” (<http://www.apeccp.org.tw/doc/USA/Policy/uspol1.htm> 2003).
- Carstensen, Peter C. (2003), “Transparency in Antitrust-Do What We Say and Not What We Do: Some Reflections on Professor Grimes’s Quest”, *Buffalo Law Review Antitrust Symposium Issue*, 51, 4, otoño.
- De Meester, Bart (2008), “Testing European Prudential Conditions for Banking Mergers in the Light of Most Favoured Nation”, *Journal of International Economic Law* 11(3), pp 609-647.
- Gelfand, David I., y Jeremy Calsyn (2005), “Transparency in Antitrust Merger Review: A Model Proposal for More”, *The Antitrust Source*, enero.
- Geradin, Damien (2009), “The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risks of Overregulation of Competitive Behavior”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 10, núm.1, verano.
- Goldman, Calvin S., y John D. Bodrug (1997), “Symposium on Canadian Competition Law – The Merger Review Process: The Canadian Experience”, *Antitrust Law Journal*.
- Grimes, Warren S. (2003), “Transparency in Federal Antitrust Enforcement”, *Buffalo Law Review Antitrust Symposium Issue*, 51, 4, otoño.
- Groves, Theodore, John McMillan, Yongmiao Hong y Barry Naughton (1994), “Autonomy and Incentives in Chinese State Enterprises”, *Quarterly Journal of Economics*.
- , —, — y — (1994), “Productivity Growth in Chinese State-Run Industry”, Dong Furen, Cyril Lin y Barry Naughton (comps.), *Reform of China’s State-owned Enterprises*, Macmillan Press.
- Heilemann, John (2000), “The Truth, The Whole Truth, and Nothing But The Truth: The Untold Story of the Microsoft antitrust Case and What it Means for the Future of Bill Gates and His Company”, *Wired*, noviembre.
- Kovacic, William (2004), “Remarks Before the Seoul Competition Forum: Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions”, 20 de abril.

- Lewis, Al (2009), "Wells Fargo Bank Sues Itself", *Fox Business* (<http://www.fox-business.com/story/markets/al-lewis-wells-fargo-bank-sues/>), 10 de julio.
- Lowe, Philip, y Ansgar Held (2005), "Modernisation Policy and Beyond: The Role of Competition Policy in Driving Economic Growth", *European Competition Journal*, marzo.
- McAfee, R. Preston, y Hugo Mialon (2004), "Barrieres a l'entree dans l'analyse antitrust", *Revue Lamy de la Concurrence: Droit, Économie, Régulation*, núm.1, noviembre, pp 155-157.
- , — y Michael Williams, "What is a Barrier to Entry?", *American Economic Review Paper and Proceedings* 94(2), mayo, pp. 461-465.
- , — y Sue Mialon (2008), "Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis", *Journal of Public Economics* 92(10), octubre, pp. 1863-1875.
- , — y Nicholas Vakkur (2005), "The Strategic Abuse of the Antitrust Laws", *Journal of Strategic Management Education*, vol 2, núm.1.
- , y Michael Williams (1988), "Can Event Studies Detect Anticompetitive Mergers?", *Economic Letters* 28.
- Mollgaard, Peter, y Per B.Overgaard (2001), "Market Transparency and Competition Policy", *Rivista di Politica Economica* 91, pp. 11-58.
- Nalebuff, Barry (1986), "Brinkmanship and Nuclear Deterrence: The Neutrality of Escalation", *Conflict Management and Peace Science* 9, pp. 19-30.
- Nannes, John M. (2003) "Transparency in Federal Antitrust Enforcement Decisions: A Reaction to Professor Grimes", *Buffalo Law Review Antitrust Symposium Issue*, 51, 4, otoño.
- Neven, Damien J., y Lars-Hendrik Roller (2005), "Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 23 (9-10), diciembre, pp. 829-848.
- Owen, Bruce M., Su Sun y Wentong Zheng (2008), "China's Competition Policy Reforms: The Anti-Monopoly Law And Beyond", *Antitrust Law Journal*.
- Pitofsky, Robert (2003), "Comments on Warren Grimes: Transparency in Federal Antitrust Enforcement", *Buffalo Law Review Antitrust Symposium Issue*, 51, otoño.
- Ross, Stephen F. (1997), "Symposium On Canadian Competition Law: Antitrust Lessons From The True North Strong And Free", *Antitrust Law Journal*.
- Sobel, Joel (2000), "A Model of Declining Standards", *International Economic Review*, vol 41(2), mayo, pp. 295-303.
- Swedish Competition Authority (2006), "The Pros and Cons of Information Sharing", pp. 101-129.
- US Department of Justice and US Federal Trade Commission (1997), "Horizontal Merger Guidelines", revisado en 1997.