

¿No te puedes concentrar? *

Algunas reflexiones sobre la llamada “concentración de medios”

Enrique Cavero Safrá¹

Concentración, monopolio y posición de dominio

El concepto de *concentración de mercado* es un concepto propio del derecho de la libre competencia, también denominado derecho antimonopolio o *antitrust*. Alude a aquella situación en la cual un competidor concentra un porcentaje mayoritario de las ventas de los productos o servicios que se transan en un mercado determinado. Cuando la concentración llega al cien por ciento, nos encontramos ante un monopolio.

Un concepto relacionado es el de *posición de dominio en el mercado*, que es aquella posición que ostenta un competidor cuando sus actos son susceptibles de tener efectos en el mercado, principalmente en la oferta y/o la demanda, independientemente de las acciones de los demás competidores. La posición de dominio puede y suele provenir de una alta concentración de mercado, pero también puede tener otras causas (por ejemplo, el control de un activo estratégico). La posición de dominio también puede ser circunstancial o transitoria. Al respecto, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034, establece:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

* Publicado en Gaceta Jurídica 243, Marzo de 2014

¹ Abogado por la PUCP. Especialista en Derecho de la Competencia, Propiedad Intelectual, Entretenimiento, Información y Medios. Socio de Hernández & Cia. Abogados.

- (a) *Una participación significativa en el mercado relevante.*
- (b) *Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.*
- (c) *El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.*
- (d) *El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.*
- (e) *La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.*
- (f) *La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.*

Así, los conceptos de concentración, monopolio y posición de dominio están ciertamente relacionados pero no son equivalentes.

Una premisa básica, y en principio cierta, de la teoría económica, es que los monopolios producen en menores cantidades y venden a mayores precios (*precios monopolísticos*), perjudicando en consecuencia a los consumidores.

Con relación a la posición de dominio, la posible consecuencia negativa es la utilización abusiva de tal situación para distorsionar o restringir la competencia. El Decreto Legislativo N° 1034, indica al respecto:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

Control de concentraciones.

Con base en estas premisas, hay quienes sostienen que las altas concentraciones de mercado son dañinas y, por lo tanto, deben prohibirse, porque conducen indefectiblemente a precios monopolísticos y/o abusos de posición de dominio.

Sin embargo, como la misma teoría económica explica, la referida premisa sobre los precios monopolísticos que, como hemos dicho es, *en principio*, cierta, no es *necesariamente* cierta. No todas las empresas que tienen una posición

monopólica producen menos y venden más caro. Y tampoco todas las empresas que tienen una posición de dominio en el mercado hacen un uso abusivo de ella para restringir la competencia. Ello, porque basta que exista competencia potencial (fundamentalmente, que no existan barreras de entrada a nuevos competidores) para que el mercado se comporte de la misma forma en que lo haría si existiese competencia real. Así, los llamados *mercados contestables* pueden estar altamente concentrados o incluso ser monopólicos, pero se comportarán como si hubiera competencia.

De todo lo anterior, resulta que no todas las concentraciones o, incluso, no todos los monopolios, son malos o buenos para la competencia. Ni siquiera los más radicales defensores del control de concentraciones sostienen que deba prohibirse, digamos, toda participación de mercado que sobrepase un determinado umbral. El control de concentraciones pretende más bien determinar, en cada caso específico, si cada operación (por ejemplo de fusión entre dos empresas) que alcanza una determinada participación de mercado considerada *alta*, es *perjudicial para la competencia* o no, y si, en consecuencia, debe permitirse, impedirse o sólo permitirse bajo ciertas condiciones.

El problema es que, en la práctica, es sumamente difícil determinar cuándo nos encontramos realmente ante un mercado concentrado o monopólico (mediante el análisis de una serie de factores complejos como el mercado relevante, la elasticidad de la demanda, los productos sustitutos, entre otros) y, de otro lado, si se trata de un mercado contestable (principalmente a través del análisis de las barreras de entrada, también bastante complejo).

Por ello, una importante parte de la doctrina sostiene que la proscripción legal de los monopolios o de las altas concentraciones no es necesaria, ni eficiente, ni conveniente, existiendo el riesgo, más bien de que sea altamente perjudicial. En efecto, salvo en mercados muy específicos donde existen grandes barreras de entrada, la fijación de precios monopólicos no hace sino incentivar la entrada de nuevos competidores, es decir, atraer una mayor competencia, sin necesidad de intervención estatal. Así, lejos de generar beneficios, la imposición de un control gubernamental previo, discrecional, a las fusiones y adquisiciones de empresas, tiene generalmente efectos negativos en el flujo de inversiones, en diversas formas. Afecta la predictibilidad de los proyectos, aumenta los plazos involucrados, reduce la competitividad y termina por impedir un número importante de inversiones por razones que, finalmente, no son técnicas sino ideológicas.

Libre competencia y la libertad de expresión

Cabe enfatizar, aunque sea bastante obvio, que el derecho de la libre competencia busca proteger, precisamente, la competencia como valor jurídico. La premisa teórica, en el contexto de una economía de mercado (tal como indica el artículo 58 de la Constitución) es que la competencia arroja resultados económicos eficientes. Es decir, mejores bienes y servicios a mejores precios, en beneficio de los consumidores y de la sociedad en su conjunto.

La Constitución consagra la libre competencia como valor jurídicamente tutelado en el primer párrafo del artículo 61:

*Artículo 61. El Estado facilita y vigila la **libre competencia**. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

El segundo párrafo del mismo artículo, sin embargo, pega un salto conceptual. Mientras el primer párrafo tiene que ver claramente con la libre competencia, valor de carácter transversal a todas las actividades económicas (incluyendo los medios de comunicación) el segundo párrafo se refiere a un valor distinto en un ámbito específico: la libertad de expresión y los medios de comunicación:

(...)

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

Un primer aspecto que salta a la vista es que, en la Constitución, tanto la libre competencia como la libertad de expresión podrían ser afectadas por fenómenos parecidos o relacionados. El primer párrafo habla de “toda práctica que (la) limite” (la libre competencia) y de “abuso de posiciones dominantes o

monopólicas”, mientras que el segundo párrafo habla de “exclusividad”, “monopolio” y de “acaparamiento”.

Desde el punto de vista económico, las prácticas o situaciones susceptibles de limitar o afectar la libre competencia pueden ser de tres tipos: 1) los acuerdos entre competidores, 2) las concentraciones de mercado, consideradas *per se* o por sí mismas (en aquellas ocasiones en que determinan un mercado *no contestable* y 3) los abusos de posición de dominio. De otro lado, cabe notar que éstas prácticas o situaciones pueden provenir de particulares o del Estado.

Al referirse a “toda práctica que limite la libre competencia”, la Constitución estaría incluyendo en el concepto de situaciones como los acuerdos entre competidores, los abusos de posición de dominio y las prácticas estatales restrictivas u obstructivas. Ciertamente, no incluye las concentraciones *per se*, aunque, para algunos, en la medida en que determinadas concentraciones *podrían* afectar la competencia, debería haber una ley de control de concentraciones que determine, caso por caso, si se produce o no tal afectación.

En cuanto a la libertad de expresión, la afectación se produce, básicamente, cuando uno o más ciudadanos se ven impedidos de expresar sus ideas y/o son sancionados, perjudicados o discriminados por hacerlo. Históricamente, las restricciones a la libertad de expresión han provenido fundamentalmente del Estado. Los regímenes totalitarios o autoritarios buscan silenciar a la opinión pública que les es adversa, para lo cual una de las formas es monopolizando los medios de comunicación. En el Perú, en los últimos 50 años hemos visto desde la modalidad “clásica” y frontal, consistente en la expropiación de los medios (Velasco) hasta modalidades más sofisticadas, como la “compra” de líneas editoriales y el uso de la coacción (Fujimori).

El segundo párrafo del artículo 61, sin embargo, no se circunscribe a la posible afectación de la libertad de expresión por parte del Estado, sino que claramente proscribe los supuestos de “exclusividad”, “monopolio” y “acaparamiento” sea que se produzcan, directa o indirectamente, por parte del Estado o de particulares.

Está claro cómo es que actúan los estados que buscan restringir este derecho. Antiguamente, monopolizaban el control de los medios y censuraban todo aquello que les era desfavorable o incómodo. En la medida que dicha modalidad se ha ido haciendo menos practicable (debido a la globalización y las consecuencias internacionales, entre otros factores) tornaron a modalidades más complejas y disimuladas, como la extorsión, la amenaza y el chantaje. El objetivo tiene un carácter dual: por un lado, presentar opinión e

información favorable al régimen y, por el otro, silenciar la información y la opinión adversa.

Exclusividad, monopolio, y acaparamiento

Nótese que el objetivo de restringir o afectar la libertad de expresión se logra únicamente si se *monopolizan* los medios (es decir, si se controlan al 100% o muy cerca de ese porcentaje). No se puede “silenciar” la opinión pública parcialmente. Si el silencio no es total, simplemente no es silencio, del mismo modo que ocurre con la oscuridad. Si uno pretende dejar a oscuras una habitación que tiene muchas ventanas, tiene que cerrarlas todas. De nada sirve cerrar las demás si una queda abierta, porque la luz entra por ahí. Y como bien saben los gobiernos o autoritarios, eso se consigue únicamente con la fuerza y la coacción.

Por eso es que la Constitución habla de “monopolio”, “exclusividad” y “acaparamiento”. Y aunque el uso de este último término no es el más feliz², no puede sino interpretarse dentro del contexto, que el legislador constituyente quiso referirse a lo mismo, es decir, a aquella situación en la cual alguien (por ejemplo un estado totalitario) controla los medios al punto de poder afectar la libertad de expresión, manipulando, silenciando o falseando la realidad y/o la opinión pública.

En el mismo sentido, es interesante analizar La Corte interamericana ya lo advirtió hace casi 30 años:

“Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas [...]. [N]o sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.”
(Opinión Consultiva sobre colegiación obligatoria de periodistas)

² Acaparamiento significa la acumulación de un determinado bien con el fin de crear una escasez artificial y hacer subir el precio. En estricto, significaría comprar medios de comunicación para que la oferta de éstos se reduzca y poder luego venderlos a mayor precio, efecto que no guarda en realidad con el tema de la libertad de expresión.

Cabe preguntarse, entonces, cuál es el supuesto al que alude el citado párrafo, en relación a los particulares. ¿Cómo podrían uno o más particulares afectar la libertad de expresión en el contexto de una democracia y de una economía de mercado? Pareciera que el citado segundo párrafo del artículo 61 no ha querido pecar de omisión y ha preferido no descartar la posibilidad de que particulares puedan incurrir en un supuesto análogo al que incurren los estados autoritarios, monopolizando los medios y perjudicando la libertad de expresión.

Pero, más allá de algún imaginario super villano como los que aparecen en las películas, realmente resulta muy complicado pensar que, hoy en día, los medios puedan ser monopolizados por privados en el contexto de una economía de mercado, de un modo tal que se afecte la libertad de expresión. Ello, porque, en una economía de mercado, los consumidores toman decisiones que afectan tanto las ventas de los medios, como su lectoría y audiencia. En la *"era de la información"* el mercado de la información es un mercado que casi no tiene barreras de entrada³.

Salvo el caso de los medios que utilizan el espacio radio eléctrico (que de hecho constituye una barrera de entrada, por tratarse de un espacio limitado) en la medida que existen opciones y los consumidores pueden escoger qué leen, ven o escuchan, resulta prácticamente imposible que la opinión pública pueda ser "silenciada" y, en consecuencia, que se afecte la libertad de expresión.

Lo que sí puede ocurrir en una economía de mercado y en una democracia, es que exista uno o más privados que en un momento dado tengan una posición dominante desde el punto de vista económico (respecto de las ventas de un determinado bien o servicio) y/o una posición prevalente o de liderazgo en cuanto a la información y la opinión. Pero no vemos como ello afecte la libertad de expresión. Como ya se dijo, ello normalmente implica la monopolización y, ésta, el uso de algún tipo coacción.

De acuerdo con nuestra legislación, la posición de dominio, en sí misma, no es ilegal ni tampoco requiere una aprobación previa cuando se produce a través de una fusión o adquisición. Pero en aún en el supuesto caso que se requiriese

³ Cabe notar que la definición técnica de barreras no alude a cualquier costo o dificultad, sino únicamente a aquellos que no son intrínsecos o normales en el mercado respectivo (como los costos financieros o los de materia prima). Stigler habla de los costos "que los otros no han asumido". Hay también las denominadas "barreras positivas" (Bork), como el prestigio, la experiencia, la relación con los clientes, etc. de los actores que ya están en un mercado y que hacen que sea más difícil entrar a los nuevos.

aprobación previa, ésta buscaría determinar si la fusión o adquisición *afecta la competencia o no*.

Fundamentalmente, eso significa determinar si hay o no barreras de entrada importantes que hacen que el mercado sea o no contestable. Si el mercado no es contestable, el proveedor dominante podrá bajar la producción y/o la calidad y/o subir los precios y, pese a ello, otros competidores que normalmente entrarían a competir para aprovechar la oportunidad de negocio no podrán hacerlo, debido a las barreras. En consecuencia, los consumidores no tendrán opción de elegir bienes o servicios distintos.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, tratándose de medios de comunicación, si bien existe una correlación entre el nivel de competencia económica y el nivel de lectoría o audiencia, o de influencia, no se puede establecer una equivalencia de los factores que determinan la posible afectación de la competencia económica y la posible afectación de la libertad de expresión. Es decir, aunque el análisis puede ser análogo (con relación a barreras de entrada, mercado relevante y otros factores) los parámetros a tomar en cuenta y los efectos que se pretende observar no sólo son distintos, sino que ocurren en distintos niveles. Así, el nivel de competencia que puede determinar una subida de precios no es necesariamente el mismo que puede determinar un nivel mayor o menor de lectoría o audiencia, o de influencia. Por poner sólo dos ejemplos, hay muchos consumidores que leen determinados medios pero no los compran. Así mismo, hay consumidores que compran o “consumen” medios con los que no están de acuerdo, únicamente porque quieren ver y escuchar puntos de vista distintos. Así es mucho más complicado monopolizar o manipular el “mercado de las ideas” que el mercado físico de determinados bienes o servicios como los diarios, o los espacios publicitarios. De otro lado, lo que puede ser el mercado relevante para efectos de las ventas de periódicos o de anuncios publicitarios, es muy distinto de lo que puede ser, para seguir con la analogía, el “mercado relevante” para efectos de la difusión de información, opiniones e ideas. Para mencionar sólo un aspecto, es éste último caso el factor de sustituibilidad es mucho mayor.

Así, un consumidor que compra un periódico podría estar dispuesto a pagar un precio mayor (antes que dejar de consumirlo) por la comodidad que le representa leerlo en una banca del parque, o por determinada información que no recibe en otros medios, como los anuncios, el crucigrama, la información de deportes o de farándula. Pero en la medida que el interés en juego sea de una trascendencia mayor (por ejemplo, que considere que no le informa adecuadamente o que discrepe de posición política o su línea editorial) su inclinación a dejar de consumir el medio y/o a consumir otros medios será mayor. Y, para esos efectos, la posibilidad de escoger algo distinto, no sólo

otros periódicos, sino otros medios como la radio, la televisión o internet, será también mayor.

Resulta forzado, en consecuencia, sostener que se produce una afectación de la libertad de expresión por el simple hecho de que un grupo económico ostenta un porcentaje mayoritario de las ventas de, por ejemplo, los periódicos impresos. No puede perderse de vista de que esas ventas dependen de los consumidores que compran esos periódicos, sea porque los compran directamente y pagan un precio, o bien porque simplemente los leen, lo cual determina un nivel de lectoría que, a su vez, determina el valor de la publicidad en ese medio.

En la medida en que, de un lado, los consumidores tienen la posibilidad de no consumir los periódicos con los que no están de acuerdo y, de otro lado, no existen barreras de entrada sustanciales para el surgimiento de medios distintos que puedan representar mejor sus preferencias, opiniones y necesidades, parece bastante claro que la libertad de expresión no se ve realmente afectada. Más aún, hoy en día como nunca antes, la posibilidad de acceder a información diversa e, incluso, de publicar y difundir información, es prácticamente ilimitada gracias a medios como Internet. De allí que algunos gobiernos totalitarios como Cuba o China hayan tenido que intervenir Internet.

Pluralidad, objetividad y libertad de expresión.

Uno de los argumentos que se esgrimen con relación a los medios que ostentan hoy en día un porcentaje mayoritario del mercado, es que éstos no son suficientemente "objetivos" o suficientemente "plurales". Cabe notar que lo que dicen o dejan de decir los medios es parte de su propia libertad de expresión. Justamente, nadie debe dictarles lo que pueden o no pueden informar. Es su derecho. En las economías de mercado desarrolladas, precisamente porque existe un control por parte de los consumidores a través de su aprobación y preferencias, los medios hacen esfuerzos por ser independientes, objetivos y plurales mediante mecanismos de auto-regulación como, por ejemplo, garantizar la independencia editorial y periodística, separando su conducción de la empresarial propiamente dicha. En lo que toca a la información, obviamente hay, además, regulaciones y responsabilidades. No se puede engañar con relación a hechos de la realidad. Pero en cuanto se refiere a opiniones subjetivas, no puede haber censura ni condicionamiento alguno.

La libertad de opinión y de expresión, como la libertad de culto y la libertad artística, son por naturaleza ilimitadas. No cabe control ni regulación alguna de los contenidos. Incluso aquello que sea considerado ofensivo, obsceno o inmoral por la mayoría tiene el derecho de ser expresado sin censura. De lo

contrario, la mayoría de turno se convierte en la conciencia moral de la sociedad y en la inquisición de los marginales que, precisamente, al ser quienes discrepan disienten, impulsan el desarrollo de las ideas. Esa es la diferencia entre las sociedades modernas y la cultura del Medioevo.

De otro lado, el hecho de que se impida a los medios tener una determinada participación en las ventas no cambia una situación de supuesta falta de pluralidad u objetividad. Ser más chico no hace que un medio sea más objetivo ni en más plural. En todo caso, hace que sea más vulnerable a presiones políticas. El argumento parece ser que, al no permitirse que alguien monopolice o tenga mayoría en el mercado (de paso, equiparando indebidamente el concepto de dominio con el de monopolio) se garantizaría la pluralidad de actores y, con ello, la pluralidad de puntos de vista. Pero dicho argumento es falaz. En primer lugar, porque la pluralidad de actores no tiene necesariamente que ver con el reparto del mercado. Si de pluralidad de actores se trata, en el Perú hoy día tenemos alrededor de sesenta periódicos impresos. Sin embargo, la mayoría de lectores se concentra en algunos pocos, la mayoría de los cuales pertenecen a un grupo económico. Pero ello ocurre precisamente porque los lectores prefieren y escogen esos medios y no otros. No es por falta de opciones. Razonamientos como ese llevan a absurdos. Cuando la participación mayoritaria se adquiere a través de una operación comercial como una fusión, la "solución" parece fácil: impedir o bloquear la operación. Pero, ¿qué ocurre si llegamos a la misma situación a través del crecimiento? ¿Qué ocurre si los consumidores prefieren masiva y mayoritariamente un determinado medio? ¿Habría que obligar al medio a dejar de vender hasta que su participación baje lo suficiente? ¿Se puede acaso garantizar la pluralidad de medios y, además, "garantizar" desde el estado que todos tengan niveles similares de ventas o de lectoría? Evidentemente no. Ello sería tan absurdo como pretender que todos los bienes tengan el mismo precio a través de la regulación. Tan absurdo como prohibir que un determinado partido tenga mayoría en el Congreso.