

Cómo una fe ciega  
en el antimonopolio ha  
llevado a un cumplimiento de  
la ley confuso y arbitrario

LA  
**Religión del  
Antimonopolio**

EDWIN S.  
ROCKEFELLER

*elcato.org*  
**CAIO**

Todos los derechos reservados © 2007 Cato Institute  
Versión en español, todos los derechos reservados © 2011 Cato Institute

CATO INSTITUTE  
1000 Massachusetts Ave., N.W.  
Washington, D.C. 20001  
[www.elcato.org](http://www.elcato.org)

*Para MWR*



# Índice

AGRADECIMIENTO	vii
INTRODUCCIÓN	1
1. ¿QUÉ SIGNIFICA “ANTI-MONOPOLIO”?	2
2. LA COMUNIDAD ANTIMONOPOLIO	10
3. DESDE EL “ATAQUE A LOS MONOPOLIOS” HASTA EL PRESENTE	18
4. LA MAGIA DEL “PODER DE MERCADO”	27
5. LA MONOPOLIZACIÓN	33
6. FUSIONES	45
7. LAS “OPERACIONES ATADAS” Y LAS “VENTAS EXCLUSIVAS”	53
8. LA FIJACIÓN DE PRECIOS	62
9. CONCLUSIÓN	70
NOTAS	74



## Agradecimiento

Robert A. Levy, Académico Titular del Cato Institute, ayudó de manera sustancial con la edición de este libro. Su ayuda es gratamente reconocida.



# Introducción

Aspiramos a un gobierno de leyes, no de hombres. El Estado de Derecho significa que la conducta se rige y se juzga de acuerdo con normas verificables y coherentes. La tesis de este libro es que el derecho antimonopolio no es consistente con nuestra aspiración al Estado de Derecho. El derecho antimonopólico no tiene entidad: el antimonopolio es una religión. La aplicación de leyes antimonopólicas es la regulación política y arbitraria de la actividad comercial, no el cumplimiento de un conjunto de normas coherentes aprobadas por el Congreso.

Thurman Arnold, fiscal general adjunto antimonopolio durante el *New Deal*, describió así el origen y la necesidad de la religión antimonopolio:

Ahora los historiadores señalan que Theodore Roosevelt nunca consiguió nada con su ataque a los monopolios. Por supuesto que no. No se trató de una cruzada de orden práctico. Fue parte de un conflicto moral y no hay predicador que jamás haya logrado abolir ninguna forma de pecado. Si no hubiera habido conflicto —si la sociedad hubiera podido funcionar sin estas organizaciones en una era de creciente especialización—, habría sido bastante fácil eliminarlas por medios prácticos. Habría bastado estipular unas cuantas disposiciones acertadas que establecieran un impuesto discriminatorio a las grandes organizaciones, siempre y cuando al mismo tiempo surgiera alguna otra forma de organización que cubriera las necesidades prácticas. Dado que existía una demanda por estas organizaciones, los intentos de detener su crecimiento necesariamente se convirtieron en una mera cuestión ceremonial. [...] El verdadero resultado de las leyes antimonopolio fue la promoción del crecimiento de las grandes organizaciones industriales, ya que su persecución se desvió a canales puramente morales y formales.<sup>1</sup>

La tesis de este libro se desarrollará, en primer lugar, definiendo el antimonopolio como una creencia religiosa cuya existencia es independiente de la legislación antimonopolio. El capítulo 2 describe el surgimiento de un culto de seguidores profesionales que trabajan como una orden sacerdotal para llevar a cabo la función ceremonial de oposición al monopolio. El capítulo 3 presenta una breve historia de los intentos de reforma. En el capítulo 4 se analiza el elemento central de la fe antimonopolio: el “poder de mercado”, un concepto imaginario e hipotético tomado de la teoría económica y utilizado por la comunidad antimonopolio como si describiera algo que en efecto existe cuando, en realidad, se basa en supuestos falsos sobre un futuro que no puede conocerse. En los capítulos 5 a 8 se describen actividades que atacan supuestos males detectados por la religión antimonopolio y se señala la falta de coherencia entre esas actividades y nuestra aspiración a una sociedad regida por leyes en lugar de por hombres. El último capítulo ensaya la tentativa conclusión de que es posible lograr un cambio genuino educando a la sociedad a fin de que comprenda la falta de rigor de los elementos básicos de la creencia antimonopolio.

# 1. ¿Qué significa “antimonopolio”?

## **La distinción entre una creencia cuasirreligiosa y la legislación antimonopolio**

El artículo 4 de la Ley Clayton de 1914 establece que toda persona “perjudicada en su actividad o propiedad por motivo de cualquier elemento prohibido por las leyes antimonopolio” tiene derecho a entablar una demanda por el triple de los daños y perjuicios sufridos más los costos y los “honorarios razonables de un abogado”. El artículo 1 de la Ley Clayton incluye en la definición de “leyes antimonopolio” a la Ley Sherman de 1890 y a la Ley Clayton. En este libro nos referimos a esas leyes cuando hablamos de “legislación antimonopolio”. Las definiciones son importantes para comprender el tema, y la bibliografía antimonopolio no es de gran ayuda. Por el contrario, en su mayor parte perpetúa la confusión. Tomemos el siguiente ejemplo de un libro de texto elemental utilizado en la Facultad de Derecho de Harvard:

El derecho antimonopólico adopta, implícitamente pero sin dejar lugar a dudas, una postura concreta con respecto a los problemas económicos a los que se aplica. Por un lado, la misma sanción de estas leyes es por sí sola un indicio de que el Congreso rechazaba la idea de que las fuerzas del mercado tienen suficiente fortaleza, capacidad de autocorrección y apropiada orientación para garantizar los resultados que generaría la competencia perfecta. Por otro lado, el ámbito que abarca el derecho antimonopólico es intrínsecamente limitado<sup>1</sup>.

¿De qué hablan los autores? ¿Del derecho antimonopólico? ¿Del antimonopolio? ¿De la legislación antimonopolio? ¿Realizan alguna distinción entre esos términos? Existen dos leyes escritas antimonopolio, la Ley Sherman y la Ley Clayton, que fueron aprobadas por el Congreso y forman parte del Código de leyes de Estados Unidos (*U.S. Code*). Se pueden consultar. El pasaje citado no se refiere a esas leyes sino que comienza con el término indefinido “derecho antimonopólico”, que implica un conjunto coherente de normas que “adoptó una postura específica”. Se le dice al estudiante que la sanción del “derecho antimonopólico” demuestra que el Congreso rechazaba la idea de que el mercado tiene mecanismos de autocorrección. Pero el Congreso no sancionó el “derecho antimonopólico”: sancionó dos leyes antimonopolio, una en 1890 y otra en 1914. Cuáles eran las creencias que el Congreso sostenía o rechazaba en aquella época es un tema objeto de debate.

A continuación, se presenta al estudiante otro término vago: “antimonopolio”, que además tiene un “ámbito”. Los autores —Phillip Areeda y Louis Kaplow— comienzan por un concepto imaginario de “derecho antimonopólico” y luego pasan a examinar el “antimonopolio”, que difiere del “derecho antimonopólico” y aún más de la legislación antimonopolio. El antimonopolio tiene una existencia exógena de la legislación antimonopolio. El antimonopolio no solo existe sino que además hace cosas. Es un actor formidable. Los profesores lo describen de la siguiente manera:

---

\* N. T.: El término “antitrust” se tradujo como antimonopolio. Se tomó en este caso la acepción del término “trust” en un sentido amplio haciendo referencia al “monopolio” en términos generales. En cuanto al término “antitrust laws” se tradujo como legislación antimonopolio o conjunto de leyes, normas, actividades y acciones que lleva a cabo el Estado a los fines de evitar la generación de monopolios en uno o varios mercados.

El antimonopolio complementa o, tal vez, define las reglas de juego que rigen la competencia. De este modo, supone que las fuerzas del mercado —guiadas por las limitaciones que impone el derecho antimonopólico— darán buenos resultados o, al menos, mejores que cualquiera de las alternativas que en líneas generales dejan de confiar en las fuerzas del mercado. Por ello, el modelo de competencia perfecta puede considerarse el objetivo central, cuyos resultados persigue el antimonopolio, pero cuyas condiciones el antimonopolio no da por sentadas. Así, el antimonopolio mira a la competencia perfecta como guía rectora pero, inevitablemente, el análisis hace hincapié en la multitud de complejas imperfecciones de los mercados reales<sup>2</sup>.

El antimonopolio “complementa” o “define”. Los profesores no están seguros de si hace lo uno o lo otro. El antimonopolio “supone” cosas. El antimonopolio busca obtener “resultados” pero no da cosas “por sentadas”. También “mira a la competencia perfecta como guía rectora” para complementar la orientación que brindan las limitaciones del derecho antimonopólico. Los profesores, que extrajeron de la legislación antimonopolio un concepto imaginario de “derecho antimonopólico” y que sacaron de esa galera un conejo llamado “antimonopolio”, concluyen diciéndonos en qué hace hincapié “el análisis”. El estudiante bien podría preguntarse: ¿de dónde salió “el análisis”? ¿De la legislación antimonopolio? ¿Del derecho antimonopólico? ¿Del antimonopolio? ¿Quién realiza ese análisis? ¿Por qué es este “el verdadero” análisis?

El término “antimonopolio” no está definido en ninguna de las disposiciones de la legislación antimonopolio. No se lo puede traducir a otros idiomas. Nadie sancionó el antimonopolio. No es un conjunto coherente de normas. No se lo puede consultar. Los expertos se ven obligados a interpretarlo. Depende en gran medida de la subjetividad del profesor. En su libro de estudio de casos, Eleanor Fox y Lawrence Sullivan hablan del “interés central del antimonopolio” y de sus “diversos objetivos”, y dicen que “el antimonopolio regula la estructura y la conducta económicas por medio de la ley”<sup>3</sup>. También nos informan cuándo una decisión judicial constituye una “derrota del antimonopolio”<sup>4</sup>. Mientras se desempeñaba como presidente de la Comisión Federal de Comercio, Timothy J. Muris observó que había mucho por hacer “para garantizar que el antimonopolio evite los mismos errores del pasado”<sup>5</sup>.

El antimonopolio no puede enmendarse, reformarse ni revocarse. Es una mezcla intuitiva de derecho, economía y política; una colección mística de aspiraciones, creencias, sospechas, presunciones y predicciones. Es una creencia cuasirreligiosa independiente de las disposiciones de la legislación antimonopolio.

El antimonopolio cuenta con muchas doctrinas que son objeto de incesante análisis en conferencias, seminarios, artículos y fallos judiciales. La creencia antimonopolio se basa en cuatro elementos que rara vez se mencionan pero que se analizarán en los siguientes capítulos de este libro: 1) la creencia en la leyenda de Standard Oil; 2) el temor a la consolidación de empresas; 3) la creencia en la magia del “poder de mercado” y 4) la fe en que el Estado puede protegernos de esos males.

### *La legislación ambigua: Discrecionalidad sin rendición de cuentas*

Gracias a la legislación antimonopolio, quienes ocupan posiciones de poder gozan de una amplia discrecionalidad para interferir en la actividad comercial y en la libertad de contratación. Tres disposiciones ejemplifican esta idea, dos de ellas forman parte de la Ley Sherman, de 1890, y la otra, de la Ley Clayton, de 1914.

El artículo 1 de la Ley Sherman clasificó como delito federal “todo contrato, combinación en

forma de monopolio u otra, o conspiración que restrinja el comercio o el intercambio entre los distintos estados o con naciones extranjeras". Esa declaración del Congreso habría prohibido cualquier contrato de comercio interestatal, porque todo contrato limita el comercio en alguna medida (si firmo un contrato para venderle mi reloj a alguien, no puedo venderle el reloj a otra persona; esa persona, a su vez, no puede comprar otro producto con el dinero que me pagó a mí). Para evitar esa verdad evidente, el poder judicial inventó lo que se denomina regla de la razón, que modifica la prohibición por parte del Congreso de *todo* contrato que restrinja el comercio para prohibir únicamente los contratos que, en opinión de los magistrados, limiten el comercio de manera "irrazonable". Como consecuencia, a menos que la Corte Suprema haya presumido que la restricción es irrazonable —como en el caso de los denominados delitos per se, que analizaremos más adelante—, puede ser imposible determinar si un contrato es ilícito o no lo es, sin pasar por el largo proceso de un juicio. El magistrado Louis Brandeis sugirió que el juicio debería proceder de la siguiente manera:

La verdadera prueba de legalidad es si la restricción impuesta se limita a regular y tal vez, por esa vía, promueve la competencia o si por su naturaleza la inhibe o incluso la destruye. Para determinarlo, normalmente la Corte debe considerar los datos específicos del asunto al que se aplica la restricción; su condición antes y después de aplicada esa restricción; el carácter de la restricción y su efecto, real o probable. La historia de la restricción, el mal cuya existencia se presume, la razón para adoptar la solución específica, el objetivo o fin que se persigue, son todos hechos relevantes. Ello no se debe a que las buenas intenciones puedan salvar a una norma objetable ni a la inversa, sino a que el conocimiento de la intención puede ayudar a la Corte a interpretar los hechos y a predecir sus consecuencias<sup>6</sup>.

Dicho de otro modo, todo es relevante pero nada es determinante. Una prohibición absoluta de la legislatura se convirtió en una delegación de discrecionalidad en los jurados y magistrados para la aprobación o desaprobación de contratos después de una extensa investigación a fin de determinar si se trata de una restricción "irrazonable" del comercio.

El artículo 2 de la Ley Sherman convirtió en delito la acción de "monopolizar" o "pretender monopolizar" cualquier parte del comercio entre los distintos estados de Estados Unidos o con naciones extranjeras. Nadie sabe qué significan estas palabras. A lo largo del siglo pasado, magistrados y comentaristas, como Areeda y Kaplow, desarrollaron un vocabulario para hablar del tema, pero no surgieron normas útiles. Las declaraciones judiciales perpetúan la ambigüedad. Dice la Corte Suprema:

El delito de monopolio de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Sherman consta de dos elementos: 1) la posesión de poder de monopolio en un mercado relevante y 2) la adquisición o el mantenimiento intencional de ese poder, en contraposición al crecimiento o desarrollo que se dan como consecuencia de un producto superior, la habilidad para los negocios o un accidente histórico<sup>7</sup>.

En 1918, el magistrado Brandeis intentó hacer una distinción entre los contratos que promueven la competencia y los que la inhiben o destruyen, pero no lo consiguió. En 1966, la Corte se propuso distinguir entre la adquisición deliberada de poder de monopolio y la calidad de competidor eficaz, pero no logró establecer ninguna norma para ello. En consecuencia, se les otorga a los magistrados, jurados y funcionarios del Departamento de Justicia de Estados Unidos y de la Comisión Federal de Comercio la facultad de tomar decisiones arbitrarias basándose en criterios subjetivos.

La mayor parte de la actividad gubernamental en lo que respecta a la legislación antimonopolio se

funda en el artículo 7 de la Ley Clayton, que prohíbe las adquisiciones empresariales “cuando [...] el efecto de esa adquisición puede ser una reducción sustancial de la competencia o la tendencia a crear un monopolio”. Sin embargo, no contamos con una definición práctica de qué constituye “competencia” ni tenemos manera de medirla. Invocando el artículo 7, la Corte Suprema, bajo la dirección de su presidente Earl Warren, declaró ilícitas todas las fusiones de empresas. En la década de 1960, preocupada por la “concentración” industrial y deseosa de proteger a las “pequeñas empresas” de competidores más eficientes, la Corte falló a favor del Estado en todos los casos. Primero fue el caso *Brown Shoe*<sup>8</sup>, por la adquisición de Kinney (primordialmente minorista de calzado) por parte de Brown (principalmente fabricante de calzado). La Corte declaró ilegal la fusión de acuerdo con el artículo 7 en dos sentidos: primero, como fusión horizontal, y segundo como fusión vertical. Ambas empresas fabricaban calzado. Brown producía alrededor del 4,0% y Kinney alrededor del 0,5% del calzado de todo el país. La fusión de ambos fabricantes, considerada “horizontal” porque involucraba a dos empresas que competían directamente entre sí, fue declarada ilegal. Además, la Corte declaró ilegal la fusión de Brown y Kinney por ser “vertical” —es decir, por involucrar a dos empresas cuya relación era de proveedor-cliente— ya que Brown, que vendía el 4,0% del calzado del país, se fusionó con Kinney, un minorista que concentraba el 1,2% de las ventas minoristas de calzado de Estados Unidos. Se dijo que la fusión vertical de Brown —el proveedor— con Kinney —su cliente— restringía una porción del mercado minorista que de otro modo estaría abierta a fabricantes de calzado que competían con Brown.

Cuatro años después, en el caso *Von's Grocery*<sup>9</sup>, la Corte determinó que el artículo 7 prohibía la fusión de dos cadenas de tiendas de comestibles porque, como consecuencia de ella, una única empresa concentraría el 1,4% de las tiendas de comestibles del área metropolitana de Los Ángeles, lo cual representaría el 7,5% de las ventas de comestibles del área.

A las fusiones que no eran horizontales ni verticales —cuando las empresas que se fusionaban no competían entre sí ni tenían una relación proveedor-cliente— se les daba la siniestra denominación de fusiones “de conglomerados”. La Corte avaló las medidas del Estado para evitar las fusiones de conglomerados basándose en la argumentación teórica de que podían aumentar las “barreras a la entrada”, eliminar la “competencia potencial” o crear oportunidades de “transacciones recíprocas”. A las fusiones que generaban “ventajas competitivas” se las condenaba por ello. La eficiencia económica que se lograba mediante las fusiones no solo no servía como defensa, sino que se convertía en un argumento para determinar su ilegalidad.

A fines de la década de 1960, la pregunta clave dejó de ser si una fusión era ilegal y pasó a ser si el Estado se opondría a ella. En 1968, el Departamento de Justicia publicó las Pautas orientadoras para fusiones (*Merger Guidelines*), que establecían pautas más permisivas que los fallos de la Corte Suprema, entre los que estaba el caso *Brown Shoe*<sup>10</sup>. El resultado fue que se transfirió a los fiscales del Estado la facultad arbitraria de decidir si se permitiría o se prohibiría una fusión, sobre la sola base del temor irracional a una concentración de empresas. Más aún, a partir de 1976 todas las fusiones empresariales que superaran determinado tamaño debían informarse al Estado con antelación<sup>11</sup>. Según el *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* (Comentario sobre las pautas orientadoras para fusiones horizontales) publicado por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia, “En más del 95% de las transacciones informadas [...] los Organismos determinan de inmediato [...] que es improbable que se produzca una reducción sustancial de la competencia”<sup>12</sup>. Durante el ejercicio fiscal de 2005, se presentaron 1695 notificaciones de fusiones propuestas. La Comisión Federal de Comercio impugnó 14 y el Departamento de Justicia 4: en total, 18 de 1695, o el 1,06%<sup>13</sup>. No es posible saber qué fusiones se permitirán y cuáles se rechazarán. En el capítulo 6 se analizará el proceso en mayor detalle.

### *La falta de reglas claras conlleva decisiones arbitrarias*

A falta de reglas coherentes y verificables en la legislación antimonopolio, los magistrados y otros funcionarios del Estado toman decisiones arbitrarias empleando doctrinas antimonopolio que se basan en una creencia que no se doblega fácilmente ante la razón, la lógica o los datos empíricos. No hay necesidad de explicar decisiones que no se toman; los contratos, los “monopolios” y las fusiones que se permiten no requieren explicación alguna. La mayoría de las fusiones empresariales que estudia el Estado se autorizan sin que medien preguntas ni explicaciones: solo los ataques exigen una justificación. Si el responsable de tomar la decisión desea desaprobar la fusión, ahí está el lenguaje del antimonopolio para respaldarlo. Se utilizan categorías metafóricas como “el mercado” como si fueran descripciones fácticas. Se recita la doctrina del antimonopolio que incluye la prohibición. Y así se racionaliza la desaprobación.

El éxito de Microsoft Corp. ocurrió a costa de algunos de sus competidores, perdedores en el mercado que buscaron la intervención del Estado para luchar contra un ganador. Al principio, esto despertó el interés en la Comisión Federal de Comercio, donde dos miembros se manifestaron a favor de tomar medidas, dos a favor de no hacer nada y el quinto se rehusó a votar. En ese momento, la fiscal general adjunta era una activista recientemente nombrada. Ella se hizo cargo del tema y persuadió a Microsoft para que cambiara algunas de sus modalidades de hacer negocios. Ese acuerdo se presentó ante un tribunal de distrito para su adopción como decreto judicial emitido previo acuerdo de las partes, sin ninguna determinación de los hechos. El magistrado de distrito a quien se asignó el caso había leído algunos libros sobre computación. Sobre la base de esa lectura, rechazó el decreto por inadecuado<sup>14</sup>. Un tribunal de apelaciones que revisó el caso declaró que era competencia del fiscal general, y no de un magistrado de distrito, decidir cuán adecuados eran esos decretos<sup>15</sup>. El tribunal de apelaciones envió el caso a otro magistrado de distrito<sup>16</sup>. Más tarde, ese magistrado denegó una demanda por desacato, dictó una medida cautelar y remitió el caso a un magistrado delegado (*special master*)<sup>17</sup>. Esta decisión luego fue revertida por el tribunal de apelaciones<sup>18</sup>. Mientras tanto, el Departamento de Justicia inició una acción judicial totalmente nueva y un poco más amplia que dio como resultado el dictado de unas 400 “determinaciones de los hechos”<sup>19</sup> y luego un memorando y una resolución en los que el magistrado confesaba su falta de medios para determinar qué hacer a causa de las divergencias de opiniones acerca del futuro<sup>20</sup>. Y concluía que “ganaron los demandantes, y solo por eso tienen derecho a obtener la reparación que elijan”, incluida la disolución de la parte demandada<sup>21</sup>. Debía concederse esa reparación, señaló, porque así lo exhortaban los funcionarios del Estado “junto a diversos consultores”, y se supone que esos funcionarios actúan en pos del bien común, algo que no ocurre con la demandada<sup>22</sup>. El tribunal de apelaciones dejó sin efecto esa resolución<sup>23</sup>. El tribunal recitó las doctrinas predominantes de definición de mercado y de poder de mercado, que contienen supuestos sobre un futuro que nadie puede conocer pero que podían aplicarse al caso de Microsoft gracias a la fraseología de la determinación de los hechos del magistrado de distrito<sup>24</sup>. Con la ayuda de ciertos conceptos sobre el “corto plazo” y el “largo plazo” y algunas sutiles distinciones entre prácticas “procompetitivas” y “anticompetitivas”, la Corte calificó de monopolizada a Microsoft, como había ocurrido con la legendaria Standard Oil y, por lo tanto, sujeta a la prohibición del artículo 2 de la Ley Sherman<sup>25</sup>. El Departamento de Justicia desistió de cualquier nuevo intento de disolver la empresa pero sí insistió en varias restricciones normativas a fin de proteger a los competidores demandantes<sup>26</sup>.

### **La futilidad de la reforma**

Los intentos de reforma o derogación de la legislación antimonopolio serán inútiles en tanto persista la creencia en el Antimonopolio con “A” mayúscula. Las disposiciones de la legislación anti-

monopolio contienen palabras no definidas pero, excepto en los casos de enmienda del Congreso, al menos las palabras quedan establecidas. Se las puede buscar y escribir en un papel. El antimonopolio, con su halo místico, es otra cosa. No se lo puede buscar en el diccionario. Durante su mandato como fiscal general adjunto a cargo de la división antimonopolio del Departamento de Justicia, Joel Klein describió las leyes antimonopolio como “la legislación del *common law*”<sup>27</sup>. En una reunión de abogados antimonopolio declaró: “Saben, gran parte de los litigios de la Corte Suprema y todo ello estará relacionado con el sentido exacto de las palabras que figuran en la legislación. Pero en materia de antimonopolio todo es realmente mucho más dinámico”<sup>27</sup>.

El abogado antimonopolio debe aprender un vocabulario especial que no se encuentra en el Código de leyes de Estados Unidos. Los fenómenos observables se describen con metáforas, que no constituyen categorías científicas de datos del mundo real sino conceptos artificiales, como “mercado” y “poder de mercado”. Los expertos en antimonopolio hablan en una especie de lenguaje poético. Los periodistas y los políticos consideran que este lenguaje es una descripción de la realidad. El público está confundido. Los conceptos del antimonopolio caracterizan de manera siniestra los fenómenos corrientes a los que se aplican. El término “oligopolio” es un buen ejemplo. Los entendidos en el vocabulario del antimonopolio saben que un oligopolio es simplemente cualquier número de vendedores mayor que uno: una situación común que, sin embargo, al ciudadano promedio le suena como una condición desgradable y un motivo de preocupación.

Las modas cambian en lo relativo a los conceptos del antimonopolio aún cuando la letra de las leyes no se modifique. Algunos términos ganan aceptación por algún tiempo pero después pierden su atractivo y caen en desuso. Un buen ejemplo es “reciprocidad”. En algún momento, el presidente de la Comisión Federal de Comercio consideró que la reciprocidad era un mal de gran potencial y advirtió que “podía generar mercados de circuito cerrado de los cuales quedarían excluidos los factores pequeños o medianos” y que “de este modo, el oligopolio se vería acrecentado gracias a una especie de integración circular [...] que restringiría las oportunidades de empresas sin un poder de mercado sustancial para obtener acceso al círculo más pequeño de empresas”<sup>28</sup>. Por aquella misma época, el director de la división antimonopolio del Departamento de Justicia afirmó que “existen argumentos legítimos para atacar la reciprocidad, no solo en los términos del artículo 1 de la Ley Sherman [...] sino también de acuerdo con el artículo 2 [...] como intento ilícito de monopolización”<sup>29</sup>. Hubo quienes se rasgaron las vestiduras por esta cuestión, pero el ataque nunca llegó. Tarde o temprano, a todos les quedó claro que la nación no corre ningún peligro si los empresarios se dicen unos a otros: “Te compro si me compras”. Además, es de conocimiento público que tampoco es una manera demasiado eficaz de hacer negocios, de modo que ya no se oye hablar mucho del tema.

Los “conglomerados”<sup>30</sup> siguieron siendo considerados las brujas del antimonopolio por un tiempo más prolongado. El Estado, que ya había logrado que la Corte Suprema declarara prácticamente toda

---

\*N. T.: El término “*common law*” hace referencia al sistema jurídico anglo-norteamericano. Dentro del sistema jurídico anglo-americano, el conjunto de reglas y normas tradicionales que constituyen el núcleo común a los derechos de este sistema particularmente según han sido reconocidos por la jurisprudencia.

\* N. T.: El término “*conglomerate*” se tradujo como “conglomerado”. En sentido estricto, este término se refiere a un grupo de empresas dedicadas a distintas actividades que dependen de una casa matriz la cual tiene una participación significativa en el capital de estas que le permite tomar decisiones que afectan a las empresas que conforman el conglomerado.

fusión entre competidores, y entre proveedor y cliente, prohibida por el artículo 7 de la Ley Clayton, empezó a acosar a los “conglomerados”. Además de las acciones judiciales para impedir que los conglomerados adquirieran empresas, tanto la Comisión Federal de Comercio como el Departamento de Justicia llevaron a cabo investigaciones de alto perfil acerca de aquellos que meramente existían. Finalmente, se abandonó la campaña. Más tarde, muchos de los “conglomerados” más temidos se deshicieron de sus adquisiciones o directamente cerraron sin ninguna intervención del Estado.

Un concepto clave que en la actualidad ha calado hondo en el imaginario social de la comunidad antimonopolio es el de “poder de mercado” (véase el capítulo 4). El “poder de mercado” es un concepto imaginario tomado de la economía teórica. Incorpora supuestos y predicciones pero la comunidad antimonopolio lo emplea como si describiera hechos sujetos a verificación fáctica.

El antimonopolio como creencia se sostiene a lo largo del tiempo no porque tenga un fundamento sólido en la ciencia o en la razón sino más bien porque carece de él. La creencia en el antimonopolio permite buscar metas mutuamente excluyentes. Sirve al deseo humano de justicia y “equidad”. El intento de racionalizar el antimonopolio como la economía del bienestar del consumidor eliminó parte de la irracionalidad flagrante de las interpretaciones de la legislación antimonopolio. Las doctrinas antimonopolio se han vuelto más metódicas pero no hay teoría económica que pueda resolver el conflicto fundamental inherente al deseo humano de eficiencia y equidad, metas que suelen ser incompatibles. La religión antimonopolio permite perseguir ambas metas al mismo tiempo. Además, evita enfrentar tres problemas reales: 1) cómo formular una norma que diferencie entre los contratos que restringen el comercio de manera inaceptable y los que no; 2) cómo distinguir entre la adquisición deliberada de “poder de monopolio” y la calidad de competidor eficaz; y 3) cómo determinar si una fusión puede reducir significativamente la competencia.

La generalidad y la ambigüedad de la legislación antimonopolio permiten tomar decisiones arbitrarias disfrazadas de determinación de los hechos. La eficiencia del mercado no necesita de ninguna interferencia del Estado en su nombre; la equidad, sí. El antimonopolio le da libertad al responsable de tomar decisiones para intervenir del lado de la equidad cuando así lo deseé. Por ello, esa decisión no está dictada por una medida objetiva sino por darle carácter de determinación de los hechos a conceptos teóricos como “el mercado” y el “poder de mercado”. Se incorporan supuestos y predicciones tácitos a conclusiones que se formulan como hechos, y luego la doctrina dicta el resultado. A fin de mantener las apariencias del Estado de derecho, el responsable de tomar decisiones describe el proceso como una indagación fáctica seguida de una determinación de los hechos a las que luego se aplican las normas. En realidad, el resultado está determinado por los supuestos y las predicciones. El punto de llegada depende del punto de partida. Los supuestos y las predicciones no pueden comprobarse: son criterios subjetivos que pueden estar teñidos por el sentido personal de equidad de quien toma la decisión.

### *El cambio a través del rechazo de la creencia*

La creencia en el antimonopolio —como política y como mecanismo de aplicación de las normas— prevalece sobre la razón basada tanto en la teoría como en datos comprobables. En 1978, utilizando la teoría económica, el entonces profesor Robert Bork puso en evidencia la paradoja de intentar alcanzar, en nombre del antimonopolio, las metas mutuamente excluyentes del proteccionismo y del libre mercado<sup>30</sup>. Se han producido ajustes en las doctrinas del antimonopolio, pero las leyes escritas no fueron enmendadas y la jurisprudencia de la Corte Suprema aún está a disposición de los fiscales generales de los estados, los demandantes privados y las autoridades federales para cuando sea que deseen asumir una defensa “enérgica” de la aplicación de la ley.

En 1976, mientras se desempeñaba como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, Richard Posner recomendó que se revocara la totalidad de la legislación antimonopolio, excepto el artículo 1 de la Ley Sherman<sup>31</sup>. En 1986, el profesor D. T. Armentano llegó a la conclusión que el “derecho antimonopólico” había perdido “toda pretensión de legitimidad” y explicó por qué<sup>32</sup>. Hace varios años, Robert Crandall y Clifford Winston, de la Brookings Institution, evaluaron los datos empíricos acerca de si la política antimonopolio aumenta el bienestar del consumidor: su conclusión fue que no existen pruebas de que sea así<sup>33</sup>.

No hay motivos fundados para creer que la existencia o inexistencia de datos empíricos pueda tener más fuerza que la teoría económica para contrarrestar el compromiso nacional con el antimonopolio sustentado en la creencia. Como señaló Armentano, los beneficios de la regulación antimonopolio son muy importantes, en especial para la comunidad antimonopolio. Sin embargo, la indiferencia o aun oposición al cambio por parte de ese grupo no es el obstáculo principal para la derogación de la legislación antimonopolio. El obstáculo principal para la derogación es la profundidad de la creencia nacional en el antimonopolio. No solo quienes se benefician con el cumplimiento de las normas antimonopolio profesan esa fe, sino también aquellos para quienes se trata de un costoso incordio. La legislación antimonopolio no se derogará ni se enmendará en profundidad mientras la creencia en el antimonopolio se mantenga firme en la psiquis de periodistas, académicos y responsables del diseño de políticas.

Tal vez sea posible educar al público para que comprenda de qué se trata realmente todo esto y para que vea que los elementos básicos de la creencia antimonopolio carecen de fundamentos. No tenemos por qué temerle a la concentración de empresas. La magia imaginaria del poder de mercado no es más que eso: imaginaria. No necesitamos que el Estado nos proteja de males imaginarios. Por desgracia, ninguno de los que ocupan una posición que les permite revelar y hacer público el error de las creencias que sustentan la fe antimonopolio tiene ningún incentivo ni inclinación para hacerlo. Sus actividades se describen en el próximo capítulo.

## 2. La comunidad antimonopolio

El credo antimonopolio está al cuidado de un culto de seguidores profesionales que se autodenominan “la comunidad antimonopolio”. Los elementos básicos de este credo son parte de la psiquis estadounidense desde la era del ataque a los monopolios de Theodore Roosevelt, pero no fue sino hasta la década de 1950 que un grupo de profesionales se dedicó a la promoción del antimonopolio. El fiscal general del presidente Eisenhower, Herbert Brownell, designó un Comité Nacional para el Estudio de las Leyes Antimonopolio. En 1955, ese grupo publicó un informe que se volvió el manual a seguir para los aspirantes a abogados antimonopolio. Los miembros y consultores del grupo conformaron el núcleo de lo que sería la comunidad antimonopolio.

En 1953, la nueva administración de Eisenhower desplazó a Herbert Bergson, hasta entonces fiscal general adjunto a cargo de la división antimonopolio. Bergson abrió su propio bufete en Washington e inmediatamente empezó a representar a clientes corporativos, entre ellos aquellos que solicitaban la autorización de la división antimonopolio para llevar a cabo fusiones. Como acababa de dejar ese cargo, su idoneidad para representar a estos clientes era incomparable. Pero Brownell acusó a Bergson de violar una ley que prohíbe representar a un demandante contra el Estado durante los dos años posteriores a dejar un cargo gubernamental. Un magistrado de distrito desestimó la acusación, porque determinó que las demandas son por dinero o bienes, no por autorizaciones para la fusión de empresas<sup>1</sup>. La acusación contribuyó a aumentar en lugar de empañar el atractivo de Bergson para los clientes corporativos que tenían problemas relativos al antimonopolio. Cinco años después, Bergson había consolidado un bufete de primer nivel y fue elegido presidente de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, en cuya formación había colaborado en 1952.

Aunque la comunidad antimonopolio tiene los brazos abiertos y el sentido de camaradería une a quienes la integran, no es posible convertirse en miembro de la noche a la mañana. Se precisa de aproximadamente unos seis meses para familiarizarse con el territorio y con el lenguaje. El veterano no tiene muchas ventajas sobre el principiante, porque ninguno puede predecir resultados, pero el profesional debe conocer ese lenguaje. El tema no es complejo, sino meramente confuso para los que no pertenecen al círculo. Como se ha dicho acerca del entrenamiento de fútbol americano, hay que ser lo suficientemente inteligente para destacarse y lo suficientemente tonto para tomárselo en serio. Hay tres pasos para incorporarse en la comunidad antimonopolio; las destrezas necesarias pueden obtenerse en la facultad de derecho o leyendo o asistiendo a conferencias de especialización jurídica. Primero, hay que familiarizarse con unas cuantas disposiciones legales y ser capaz de recordarlas en cualquier momento. Segundo, hay que aprender a reconocer unos cuantos términos que no figuran en la legislación, como “per se” y “regla de la razón”, y algunos nombres de casos, como *Illinois Brick* y *Noerr-Pennington* para no quedarse atrás al hablar con otros iniciados, a los que les gusta usar nombres de casos para referirse a las doctrinas que contienen. Tercero, hay que tomar algunos términos de la teoría microeconómica.

El tercer paso es crucial: aprender a hablar con autoridad usando un vocabulario de términos vacíos o ambiguos. Hay que saber emplear metáforas como “mercado” y “barrera a la entrada” como si tuvieran un sentido que uno comprende cabalmente. Esa destreza se adquiere con la práctica en situaciones reales en las que se toman decisiones —en el Estado o en un bufete—; se aprende a partir de la experiencia a costa del contribuyente o del cliente privado. No basta solo con usar los términos: las declaraciones deben armarse con suficiente pompa para que al interlocutor no le sea sencillo evitar

tomarlas en serio. Y, para que a uno lo tomen en serio, uno debe tomarse en serio a sí mismo. Esa habilidad no se adquiere escuchando sino hablando cuando otros están obligados a escuchar. En ese sentido, no hay nadie mejor que los funcionarios del Estado, ya que al funcionario público con funciones antimonopolio hay que escucharlo diga lo que diga. En la comunidad antimonopolio hay que desplegar la cuota exacta de superioridad moral. También en este caso la experiencia en el Estado es el mejor maestro.

El valor de la experiencia en el Estado tiene también otra dimensión, en especial si es reciente. Hoy en día existen obstáculos para hacer uso inmediato de la experiencia gubernamental para beneficio de un cliente privado, como hacia Bergson a principios de la década de 1950, pero para que un abogadoatraiga y conserve a los clientes que tienen problemas con el antimonopolio, conviene que los clientes piensen que el abogado tiene una fuente de información mejor que los diarios. La apariencia de proximidad a las autoridades responsables de tomar las decisiones agrega valor a las opiniones del abogado. Gran parte de la práctica del derecho antimonopólico consiste en evaluar e influir en el pensamiento de funcionarios de nivel intermedio sobre cuestiones en las que ellos tienen un gran poder de decisión. El abogado antimonopolio vende el acceso al pensamiento de quienes toman decisiones subjetivas de manera extraoficial y brinda elementos para su entendimiento. En asuntos de fusiones, basta prácticamente con eso. Las leyes escritas y la jurisprudencia, si se aplican con vigor, podrían impedir casi cualquier fusión empresarial, de modo que cabría hacer una única pregunta: “¿El Estado atacará esta fusión?”. El resultado depende de escoger la metáfora adecuada para describir un conjunto de hechos.

No hay horas de estudio que puedan proporcionar la misma probabilidad de evitar costosos errores de cálculo que un oportuno almuerzo, un partido de tenis o una conversación informal en un hotel turístico con un funcionario seleccionado con astucia. No se trata de corrupción sino de la capacidad de acceder a quienes toman las decisiones y de evaluar sus opiniones. Como escribió el profesor Spencer Waller, director del Institute for Consumer Antitrust Studies de la Facultad de Derecho de la Universidad Loyola de Chicago, “Para venderse a uno mismo como experto, es fundamental conocer a los responsables de la toma de decisiones, estar familiarizado con la política actual de aplicación de la ley, aunque no se haya publicado, y tener acceso a los organismos que cumplen un papel protagónico”<sup>22</sup>.

## **El surgimiento de la comunidad antimonopolio**

La comunidad antimonopolio incluye abogados en ejercicio, profesores de derecho, economistas y funcionarios públicos que dictan conferencias y publican trabajos a favor de las doctrinas antimonopolio. La comunidad antimonopolio se reúne en la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos. Ser miembro de este Colegio es condición para inscribirse en la Sección de Derecho Antimonopólico. En 25 años de existencia desde su fundación en 1952, la Sección creció hasta llegar a 11.000 miembros. La cantidad de miembros batió el récord en 1980, cuando el listado de correo contaba con 13.000 afiliados que pagaban. En los últimos años, la cantidad de miembros permaneció en torno a 11.000 pero la participación en las actividades de la Sección aumentó enormemente. La cuota actual por ser miembro de la Sección asciende a US\$50 por año. Un folleto promocional promete la posibilidad de “establecer contactos” con “una red de trabajo de miles de profesionales, entre ellos, abogados que se desempeñan en bufetes privados y en cargos oficiales, asesores internos de empresas, colaboradores internacionales, magistrados, economistas y estudiantes de derecho”.

Cada año, la Sección antimonopolio elige una nómina de funcionarios, en general sin oposición, y un consejo de 15 miembros con mandato escalonado de tres años. El presidente de la Comisión

Federal de Comercio, el fiscal general adjunto de antimonopolio y un magistrado federal también son miembros de oficio del consejo. La Sección cuenta con 28 comités generales, seis comités administrativos, tres comités de programas y siete comités de publicaciones. Además de 11 grupos especiales de trabajo.

En 2006, la Sección de Derecho Antimonopólico programó reuniones en Nueva York y Washington, y en el Chateau Montebello de Montebello, Canadá; en el Savoy de Londres; en Halekulani, Honolulu, Hawái; en el St. Regis Monarch Beach Resort de Dana Point, California, y en Sanctuary de Kiawah Island, Carolina del Sur. El mayor encuentro de miembros se produce en la reunión anual de primavera boreal, en Washington, que coincide con la época del florecimiento de los cerezos. Antes de que comenzara la reunión prevista para fines de marzo de 2006, ya se habían inscrito 2.200 miembros. La cuota fue de US\$725; los participantes procedían de 43 estados y 38 países. Para la cena se agotaron las vacantes para 118 mesas de 10 personas cada una. Los comensales “no gubernamentales” pagaban US\$135 por una plaza; los “funcionarios, académicos y estudiantes”, US\$95. Los bufetes patrocinaron enormes recepciones en las que se sirvieron tragos.

Para el 30 de junio de 2005, el gerente de finanzas de la Sección informó que las reservas ascendían a US\$7.320.980. Las operaciones del ejercicio 2003-2004 generaron ingresos netos superiores a US\$900.000. El presupuesto para 2006-2007 proyectaba ingresos netos de US\$275.000. A cambio del pago de la cuota de afiliación, los miembros del Colegio de Abogados de Estados Unidos reciben las publicaciones *Antitrust* y *Antitrust Law Journal* tres veces por año y tienen la oportunidad de participar en las actividades que desarrolla la Sección. Además obtienen descuentos en las publicaciones que ella vende. Los miembros elaboran reseñas, manuales, libros de texto, guías y monografías, que luego se venden al público en general por cientos de miles de dólares por año. El libro *Antitrust Law Developments* (5a ed.), descrito en el catálogo de publicaciones como “imprescindible” para el profesional antimonopolio, consta de dos tomos de tapa dura de 2.000 páginas en total y cuesta US\$365. Se puede obtener un suplemento anual por US\$115. El catálogo de publicaciones tiene 36 páginas e incluye tres libros sobre fusiones que cuestan US\$149,95 cada uno. Dos de ellos son segundas ediciones y, el otro, una tercera edición. Se puede comprar un documento de 171 páginas titulado *Market Power Handbook* por US\$134. El presupuesto para 2006-2007 proyectaba ingresos brutos por publicaciones de US\$737.063.

He aquí la forma en que Waller describe la situación:

En gran medida, el mundo del antimonopolio está liderado por la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos y por los socios antimonopolio de los grandes bufetes que dominan la Sección y se ocupan de la enorme mayoría de los casos. La Sección antimonopolio del Colegio ofrece las oportunidades más directas de demostrar que uno es miembro, y protagonista, del club del antimonopolio. [...] la socialización [en el Colegio] [...] permite adquirir [...] el lenguaje y los elementos culturales necesarios para lograr transitar los ámbitos de poder e interactuar con profesionales de extracción similar que pueden ser amigos, enemigos o el funcionario encargado de tomar determinada decisión, y que pueden adoptar la misma postura o una distinta frente al caso que surja después<sup>3</sup>.

Los miembros de la comunidad antimonopolio difícilmente emiten críticas serias a la política de puesta en vigor de la ley ni formulan propuestas constructivas de reforma excepto en lo que respecta a procedimientos o a la eliminación de exenciones de las leyes antimonopolio. Cualquiera que tenga un trato cercano y constante con el antimonopolio está ocupado beneficiándose del status quo. La

Sección Antimonopolio del Colegio de Abogados de Estados Unidos se convirtió en un partidario entusiasta de cualquier acción gubernamental de moda y de su generalización mundial. El plan a largo plazo de la Sección establece que parte de su “misión” es “consolidar su papel como fuente principal de análisis, debate y formación jurídica permanente en las áreas de antimonopolio, derecho de la competencia, política sobre competencia y protección del consumidor”. Su estatuto sostiene que parte de su mandato consiste en “el desarrollo de una fiscalización *activa* de la observancia del antimonopolio” (énfasis del autor). En abril de 2002, eso significaba el “apoyo para el financiamiento total de los organismos federales encargados de la puesta en vigor del antimonopolio”<sup>4</sup>. Jamás se realiza una revisión o evaluación sistemática de tal activismo. En las reuniones y publicaciones de la Sección, rara vez se formulan las preguntas elementales —por ejemplo, ¿era sensato o logró algo este procedimiento?—. En cambio, se reconoce con “premios al mérito” por sus aportes a la comunidad a funcionarios responsables de llevar adelante fiascos como la infructuosa campaña del Departamento de Justicia contra IBM y la persecución por parte de la Comisión Federal de Comercio de un imaginario “monopolio compartido” de fabricantes de cereales listos para servir<sup>5</sup>.

En 1958, un Comité de Políticas Antimonopolio del Twentieth Century Fund publicó un informe basado en una reseña de la historia del antimonopolio en veinte industrias, cuyas conclusiones fueron:

A la fecha, varios centenares de casos terminaron en distintos tipos de resoluciones pensadas para generar cambios en las estructuras de mercado y en las prácticas empresariales. Sin embargo, se invirtió muy poco tiempo y esfuerzo, tanto dentro como fuera del Estado, en evaluar los efectos de estas resoluciones en el comportamiento de las empresas o la situación de la competencia en las industrias afectadas. ¿Cuánto diferiría la conducta adoptada por esas empresas si nunca se hubiera entablado una demanda? ¿Mejoró sensiblemente la competencia, en el sentido propio del término? Casi nadie se molestó en averiguarlo<sup>6</sup>.

La Ley *Antitrust Modernization Commission* de 2002 creó una comisión de doce distinguidos miembros de la comunidad antimonopolio y le otorgó US\$4 millones durante un período de tres años para que hiciera recomendaciones sobre “temas y problemas relacionados con la modernización de las leyes antimonopolio”<sup>7</sup>. Cuando se le pidió opinión sobre los temas que podría estudiar la comisión, el fiscal general adjunto antimonopolio sugirió que el grupo “debería considerar la inclusión de expertos respetados (aun aquellos que no se ganaran la vida asesorando sobre antimonopolio) para diseñar un estudio riguroso de los efectos de la puesta en vigor del antimonopolio”. La comisión rechazó enfáticamente la sugerencia. En un foro durante la reunión anual de 2005 de la Sección Antimonopolio, un miembro de la comisión manifestó que sería demasiado difícil llevar a cabo un estudio empírico sobre los presuntos beneficios de la actividad antimonopolio porque no se puede acceder fácilmente a los datos y la comisión tiene fines mejores a los que destinar sus recursos.

Los que practican activamente el antimonopolio deben hablar como si hubiera normas verificables sensatas y hacer todo lo posible para desempeñar “la función relativamente estéril de entretejer decisiones antiguas en un intento, en general vano, de diseñar un tejido jurídico un poco más atractivo, al mismo tiempo, para las necesidades de sus clientes y para el gusto de los tribunales”<sup>8</sup>. Cuando abogan por el cambio, los miembros de la comunidad antimonopolio suelen restringirse a “recursos” y procedimientos. Son renuentes a evaluar resultados o a analizar los intentos judiciales de establecer una normativa. Les cuesta separarse de las doctrinas actuales que están obligados a defender constantemente<sup>9</sup>.

## **El adoctrinamiento en los elementos del antimonopolio en las facultades de derecho**

El antimonopolio, a diferencia de la legislación antimonopolio que cualquiera puede consultar en el Código de leyes de Estados Unidos, es un conjunto de persistentes creencias místicas, no necesariamente basadas en los hechos ni en el derecho, ni sujetas al control del Congreso. Esas creencias se mantienen vivas y se transmiten a nuevas generaciones de miembros de la comunidad antimonopolio en conferencias de colegios de abogados y en las facultades de derecho. En una maestría en antimonopolio en Sea Island, Georgia, un miembro destacado de la comunidad antimonopolio les dijo a los futuros magísteres, que pagaban una alta matrícula, que “lo importante es no quedarse con una lista de lo que hay que hacer y lo que no hay que hacer, sino intentar explicar con mayor profundidad de qué se tratan las leyes antimonopolio”<sup>10</sup>.

Dado que son pocas las reglas fijas, los magísteres en antimonopolio no tienen que quedarse con la mera interpretación de los requisitos jurídicos promulgados por el poder legislativo y administrados por los funcionarios del Estado. Tienen que intuir el sentido de todo eso “con mayor profundidad”. El principal vehículo de transmisión de estos conocimientos solía ser el estudio de los fallos judiciales y de los libros de casos que los contenían pero, hoy en día, la comunidad antimonopolio considera que gran parte de la doctrina jurídica está desactualizada. “Los libros de casos tradicionales de las facultades de derecho no entienden el derecho ni la práctica antimonopolio actuales”, sostiene Waller<sup>11</sup>.

Quienes recopilan los casos tuvieron que reconocer lo inútil que es intentar describir el antimonopolio como un sistema jurídico coherente y unificado. Algunos convirtieron sus materias en cursos de historia en los que presentan un sinfín de preguntas sin respuesta<sup>12</sup>. Otros intentaron distinguirse por “un enfoque equilibrado y diversificado de un amplio espectro de ideas en cuanto a las metas y a los fundamentos económicos del derecho antimonopólico” a fin de brindar a los alumnos “una perspectiva más amplia para su elección personal”<sup>13</sup>. Tres profesores elaboraron juntos un libro de casos titulado *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*<sup>14</sup> en el que se proponen acercar a los alumnos a la realidad. Según una reseña del libro, los autores “evitan las categorías formales” y “en cambio, se centran en conceptos fundamentados en la economía”. El libro contiene una introducción al estudio del derecho antimonopólico y trata “tres temas”: 1) cómo el antimonopolio “evoluciona desde el análisis de categorías discretas del comportamiento hacia un uso más intenso de un conjunto de conceptos básicos”, 2) la “tendencia emergente hacia la globalización del derecho antimonopólico” y 3) “las habilidades que se esperan de un abogado antimonopolio”. La obra se describe como “un libro de casos para nuestra era”<sup>15</sup>.

Ya no es posible tomar en serio un supuesto primigenio que subyace a años de enseñanza del antimonopolio: que las leyes antimonopolio proporcionan un conjunto de normas coherentes, racionales y manifiestas para evaluar el comportamiento. Sin embargo, esa situación no puede abordarse sin más. Los profesores de derecho antimonopólico no pueden admitir que la comunidad antimonopolio administra un sistema de normas meramente intuitivas por quienes resultan tener a su cargo la toma de decisiones, pero esa es la tesis implícita del libro de casos para nuestra era. Para ser abogado antimonopolio en nuestra era, hay que comprender “conceptos” que “evolucionan” para llegar a saber “con mayor profundidad de qué tratan las leyes antimonopolio”. A fin de desarrollar esa habilidad, hay que estudiar libros de texto, manuales, guías, monografías y reseñas. El estudiante debe ir más allá de las “categorías formales” del comportamiento y “centrarse” en “conceptos básicos” para comprender cómo “evoluciona” el derecho antimonopolio. Hay que asistir a reuniones y conferencias y absorber el adoctrinamiento de los mayores de la comunidad.

A los estudiantes dedicados al tema del antimonopolio se les enseña a responder preguntas en

un lenguaje de metáforas. Se transmite la idea de que el juego lingüístico que los estudiantes intentan aprender y los conceptos que luchan por comprender son descripciones científicas de fenómenos del mundo real y no meras descripciones metafóricas de un mundo imaginario. El entumecimiento de la mente de los estudiantes comienza con la incorporación de la palabra “antimonopolio”, que no resulta conceptualizable y carece de significado preciso. No se analizan ni su origen ni su falta de definición. Los profesores de derecho antimonopólico, como los de Harvard citados en el capítulo 1, se sienten a gusto con la majestuosa personificación del antimonopolio implícita en frases como “el ámbito o dominio del antimonopolio”, “la tarea del antimonopolio” y “los objetivos del antimonopolio”<sup>16</sup>. Estos profesores son capaces de trabajar con la personificación explícita del antimonopolio mediante verbos activos en frases como “el antimonopolio busca” y “el antimonopolio no da por sentado”<sup>17</sup>, lo que significa que el profesor tiene una relación cercana con aquel que busca o hace y no da cosas por sentadas, relación a la que tal vez, algún día, acceda también el estudiante.

Los libros de casos de las facultades de derecho siguen presentando el material precedido por un índice, lo cual sugiere que el tema puede organizarse en un sistema coherente de normas manifiestas que limitan al responsable de tomar decisiones, en lugar de consistir en meros conceptos volátiles que permiten resultados impredecibles fundados en la intuición o el capricho. Como “el antimonopolio” carece de una definición precisa, tampoco puede tenerla “el derecho antimonopólico”. El uso reiterado de frases como “el antimonopolio” y “el derecho antimonopólico” da a los estudiantes la sensación de que esas palabras tienen un significado definido cuando no es así. Ello no se reconoce de manera explícita. Antes bien, se dice a los estudiantes que el antimonopolio “es una combinación única de teoría intelectual, política social, economía política, microeconomía y derecho”<sup>18</sup>.

### **Los términos con connotaciones siniestras y un sentimiento de superioridad moral**

La comunidad antimonopolio inventa palabras con connotaciones siniestras para designar fenómenos naturales y experimenta un sentimiento de superioridad moral por proteger al público de esos males. Se dice que el proceso antimonopolio es “complejo” y en el que “el responsable del diseño de políticas debe elegir entre valores contrapuestos”<sup>19</sup>. Eso convierte en responsables del diseño de políticas a todos aquellos que toman decisiones antimonopolio. Una parte importante del proceso consiste en atribuir a contratos concebidos entre adultos de manera voluntaria denominaciones que implican un uso de la fuerza que nunca ocurrió. Esa tarea se lleva a cabo por medio de metáforas engañosas como “poder de mercado”, “control de mercado” y “dominio de mercado”. Se dice que una empresa responsable del 40% de las ventas en algún período anterior “controla” el 40% del mercado. Se dice que una empresa que vendió más de algo que ninguna otra “domina” el mercado. Pero el control y el dominio son consecuencia de ofrecer a la venta algo que el público desea comprar. No se puede obligar al público a comprar. No hay fuerza de por medio; nadie controla ni domina. En algunos casos, la supuesta víctima del monopolio no es la parte supuestamente controlada o dominada pero le gustaría serlo: alguien a quien se le quitó la oportunidad de vender. Por ejemplo, en la “reciprocidad” (no te vendo si no me compras) o en la compraventa exclusiva (no te vendo si le compras a otro). En otros casos, como en los contratos de “operaciones vinculadas” (si quieres comprar mi máquina, prométeme que me comprarás la sal o la tinta o las fichas perforadas que lleva), la parte presuntamente perjudicada puede no tener las máquinas para vender. En los casos de fijación de “precios predatores” (la venta a precios inferiores a aquellos a los que desea vender la competencia) o de “compra u oferta predatoria” (la compra a precios superiores a aquellos a los que desea comprar la competencia), no hay predador ni presa. Sencillamente, se trata de la celebración de contratos de compraventa sin que medie ningún tipo de coerción.

Las diversas metas del antimonopolio les generan un rédito psíquico a todos los participantes mediante la aplicación de categorías siniestras a acciones empresariales naturales. Con independencia de a quién representen los miembros de la comunidad antimonopolio, ellos sienten que obran en pos del bien común. De un lado de la argumentación, los abogados defienden la eficiencia económica y el consecuente bienestar del consumidor. Del otro lado, los abogados defienden el derecho del ciudadano común a la equidad fundamental protegiéndolo del control, la dominación o la exclusión que causa el comportamiento avasallador y predatorio. De ambos lados, los abogados antimonopolio pueden sentir que hacen el bien para los demás al mismo tiempo que se benefician ellos mismos.

En los últimos 50 años, los abogados antimonopolio, al igual que la mayoría de los abogados en general, experimentaron una transición. La mayoría de los profesionales antes independientes a quienes los clientes elegían por su criterio objetivo, sus conocimientos y su integridad tuvieron que convertirse en participantes autopromocionados de operaciones comerciales institucionales sostenidas por una publicidad costosa y una búsqueda activa de clientes empresariales. En los primeros años, los programas de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos identificaban a los oradores solo por su nombre; nunca se imprimía en el programa el nombre de los bufetes. Eso cambió. Los abogados ya no ejercen el derecho en su propio nombre sino en el de una marca institucional establecida. Ningún nombre está completo sin la filiación a una institución. Algunos combinan el nombre del bufete con relaciones académicas y usan uno u otro según la ocasión. Para la mayoría, el ejercicio de la profesión consiste en funcionar como piezas intercambiables de un gigantesco engranaje que, cobrando elevados honorarios por hora, no deja de producir memorandos, informes, escritos y declaraciones para clientes del “bufete”. Algunos de los abogados de pensamiento más independiente se convirtieron en piratas que inventan una clase de presuntas víctimas, se abren paso a codazos hasta encabezar un desfile de otros que hacen lo mismo que ellos y luego despluman a los demandados para conseguir jugosos acuerdos que favorecen poco o nada a los supuestos “clientes” pero que generan espléndidos honorarios para los abogados.

Es posible que esa transición haya sido especialmente pronunciada y visible en la comunidad antimonopolio pero, a cambio de eso, los abogados antimonopolio tienen ventajas especiales además del dinero. Los litigios pueden ser igualmente extenuantes en todas las especialidades pero, desde el punto de vista intelectual, es menos exigente ser abogado antimonopolio que ser abogado tributario. Los abogados tributarios pueden cometer errores. Dado que el derecho antimonopólico es tan poco previsible, los abogados que lo ejercen pocas veces se equivocan. Es difícil ser un abogado antimonopolio incompetente: casi cualquier jurista que tenga una mínima instrucción puede desempeñar esa tarea; el desafío consiste en conseguir casos. Los abogados de demandas colectivas crean sus propios clientes. Los grandes bufetes se esfuerzan por mantener los clientes heredados o los reclutados entre las distintas especialidades y reunirlos bajo un mismo techo. Se minimizan los riesgos de fracaso y la responsabilidad personal.

Una de las compensaciones más satisfactorias que perciben los miembros de la comunidad antimonopolio es el sentimiento de camaradería que deriva de compartir un mismo lenguaje y pertenecer a un club que no está abierto al público en general. La comunidad comparte el deseo de transmitir esa camaradería a las generaciones venideras. Como dijo un presidente de la Sección antimonopolio, “Mientras que muchas organizaciones funcionan principalmente para beneficio de sus miembros, la Sección siempre asumió una misión más abarcadora”<sup>20</sup>. La misión de la Sección incluye, entre otras cosas, “Difundir entre un grupo diverso de estudiantes de derecho y jóvenes abogados las oportunidades de construir una trayectoria satisfactoria y gratificante en el ejercicio del derecho antimonopólico y

alentarlos a aprovechar esas oportunidades”. Un presidente de la Sección se refirió a “predicar el evangelio del antimonopolio”<sup>21</sup>. No es fácil imaginar a una agrupación de abogados tributarios que se exprese en esos términos.

La predicación del evangelio no se limita al territorio continental de Estados Unidos. En un patrón muy similar al del Comité Nacional para el Estudio de las Leyes Antimonopolio del fiscal general durante la administración de Eisenhower, un Comité Asesor sobre Políticas de Competencia Internacional creado durante la administración de Clinton publicó un informe de peso y sirvió de trampolín para que los miembros de la comunidad antimonopolio de Estados Unidos desarrollaran su carrera profesional a través de misiones en el exterior<sup>22</sup>. Se organizó una Red Internacional de Competencia; según se informó, su quinta conferencia anual —celebrada en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, en mayo de 2006— atrajo a “casi 300 representantes de unos 70 organismos antimonopolio”<sup>23</sup>. A la cuarta conferencia anual —que tuvo lugar en Bonn, Alemania, en junio de 2005— concurrieron “más de 400 representantes de 80 organismos de fomento de la competencia y expertos en competencia de organizaciones internacionales y de las comunidades jurídica, empresarial, académica y de consumidores”<sup>24</sup>.

En apoyo a las asignaciones propuestas para el ejercicio 2007, la presidenta de la Comisión Federal de Comercio aseguró que su comisión “desempeña un papel protagónico en los principales foros multilaterales” que promueven “la cooperación y la convergencia hacia las mejores prácticas con los organismos de protección de la competencia y de consumidores de todo el mundo”<sup>25</sup>. Al participar en actividades de este tipo, los miembros de la comunidad antimonopolio acceden a oportunidades de viajar al exterior, llevar a cabo negocios y reforzar su sentimiento satisfactorio de superioridad moral por “predicar el evangelio del antimonopolio”<sup>26</sup>.

### 3. Desde el “ataque a los monopolios” hasta el presente

No existe una política coherente en Estados Unidos en lo que respecta a la competencia. La comunidad antimonopolio no solo está *en contra* de los monopolios sino que además está *a favor* de la competencia. Los seguidores del antimonopolio ven la competencia como la base de la economía y se consideran sus guardianes. Creen que es necesario el control político de la actividad económica. Para ellos, los “sectores regulados” son excepciones menores en una economía de mercado supuestamente libre en esencia, y el antimonopolio es la alternativa a la regulación. Creen que el antimonopolio es necesario para que el libre mercado siga siendo libre y que, como árbitro, se ocupa de verificar que se juegue limpio y conforme a las reglas. Suponen que, al hacer cumplir las leyes antimonopolio, se protege un sistema competitivo de aquellos que podrían intentar monopolizarlo de forma similar a como supuestamente Standard Oil monopolizó el petróleo hace un siglo. Deben impedirse las prácticas empresariales que, como la discriminación de precios (ventas a precios distintos según el comprador), la venta exclusiva (ventas sujetas a la condición de que el comprador no le compre a un competidor del vendedor) y las fusiones, puedan reducir la competencia o tender a crear un monopolio como Standard Oil, según la comunidad antimonopolio.

La visión de la economía que tiene el seguidor del antimonopolio exagera con arrogancia el papel de su doctrina. El libre mercado y los conceptos de “mercados” y “poder de mercado”, tomados de la teoría microeconómica que da por sentado el seguidor del antimonopolio, no toman en cuenta gran parte de lo sucedido en los últimos cien años ni lo que ocurre actualmente en el mundo real. La economía de Estados Unidos no es libre. El Estado crea barreras y ayuda a sus favoritos. Los sindicatos fijan el precio del trabajo. El Estado otorga monopolios (patentes). El Estado se lleva grandes porciones de las ganancias que, de lo contrario, podrían invertirse.

Para la comunidad antimonopolio, su doctrina está en el centro de la escena. Los sectores regulados se consideran de menor importancia a pesar de que el *Antitrust Law Developments* (5<sup>a</sup> edición) del Colegio de Abogados de Estados Unidos enumera los siguientes sectores en la categoría de “regulados”: la agricultura, las comunicaciones (que incluyen los servicios de radio y televisión, las compañías que proveen servicios de comunicación de datos y la televisión por cable), la energía (que incluye el gas natural, la electricidad y los programas relacionados con la explotación de tierras fiscales), las instituciones y los mercados financieros, los contratos con el Estado, la atención médica, los seguros, los trabajadores sindicados, los deportes y el transporte (por carretera, vía férrea, aire y mar). A pesar de estas excepciones reconocidas, se supone que es fundamental adoptar una política a favor de la competencia. Los profesores de Harvard les dicen a sus estudiantes que “El antimonopolio [...] mira la competencia perfecta como su guía rectora, pero, inevitablemente, el análisis hace hincapié en la multitud de complejas imperfecciones de los mercados reales”<sup>1</sup>.

La Ley Sherman de 1890, principal ley antimonopolio, no contiene la palabra “competencia”, sino que se refiere al “intercambio o comercio”. La otra ley antimonopolio, la Ley Clayton, aprobada en 1914, contiene las frases “reducir sustancialmente la competencia” y “perjudicar, destruir o impedir la competencia”, pero no proporciona ninguna definición del concepto “competencia”. El Congreso se pronuncia a favor de la competencia pero solo si esta es justa. En la Ley de la Comisión Federal de Comercio<sup>2</sup>, aprobada el mismo año que la Ley Clayton, el Congreso declaró ilícitos los “métodos de competencia injustos” y creó una comisión federal para impedirlos. El Congreso delegó en la comisión el poder de definir cuáles eran esos métodos injustos (La Ley de la Comisión Federal de Comercio no figura entre las leyes definidas como “derecho antimonopólico” en la Ley Clayton).

En 1922, la Corte Suprema dictaminó que organizar partidos de béisbol no constituye comercio interestatal y, por lo tanto, no implica competencia sujeta a las leyes federales antimonopolio<sup>3</sup>. La comunidad antimonopolio denomina a este tema “la exención del béisbol”<sup>4</sup>. Ni el fútbol americano<sup>5</sup> ni el básquetbol<sup>6</sup> gozan de exenciones de ese tipo. La Ley Curt Flood, de 1998<sup>7</sup>, agregó una disposición a la Ley Clayton mediante la que se revocaba la exención antimonopolio del béisbol cuando involucra el empleo de jugadores de grandes ligas. La Ley Curt Flood deja intacta la exención respecto de las leyes antimonopolio de las ligas menores (incluido el reclutamiento de jugadores) y de los asuntos que no involucran la relación entre jugadores y directivos.

En 1933, la Corte Suprema concluyó que la utilización de un único ente de venta por parte de 137 productores de carbón en cuatro estados, tendiente a fijar el precio del carbón, no debía condenarse solo sobre la base de que eliminaba la “competencia” entre los vendedores<sup>8</sup>. Con un voto en contra, la Corte consideró que la eliminación de ese tipo de competencia no estaba prohibida por las leyes antimonopolio. En un libro de casos dirigido a los alumnos de la Facultad de Derecho de la New York University se lee que “En el caso *Appalachian Coals*, la Corte consideró que el acuerdo constituía un legítimo ente conjunto de ventas (aunque podría haberlo considerado una forma de cartel encubierto)”<sup>9</sup>. Dos profesores escriben que el ente conjunto de ventas “se avaló bajo la justificación de que carecía de poder de mercado”<sup>10</sup>. Hoy hay quienes ven la decisión como “una aberración de los años treinta”<sup>11</sup>. Los alumnos de la Facultad de Derecho de Georgetown leen en un libro de casos que “es necesario seguir un complejo proceso de caracterización” antes de que algo pueda clasificarse automáticamente de cartel ilegal<sup>12</sup>.

Los académicos reconocen la existencia de la decisión del caso *Appalachian Coals*, pero la comunidad antimonopolio en ejercicio ya no considera que este caso sea útil y rara vez hace referencia a él. Tampoco se presta atención a algunas de las decisiones de la Corte de Warren. En la época en la que el Estado impedía activamente las fusiones, esa Corte declaró ilegal todo tipo de fusión, incluso las que podían eliminar competencia “potencial”<sup>13</sup>. Hoy cabe decir que “la preocupación del antimonopolio por las fusiones de conglomerados parece haber desaparecido sin dejar rastro”<sup>14</sup>. A la comunidad antimonopolio ya no le interesan esas fusiones. Las directrices actuales sobre fusiones se relacionan únicamente con las “fusiones horizontales” (las que se llevan a cabo entre partes consideradas “empresas competidoras”). Por un lado, las directrices son más permisivas que los fallos de la Corte; por el otro, en lo relativo a los acuerdos para generar una estabilización de precios, la comunidad antimonopolio prefiere el más restrictivo de dos fallos judiciales. En el caso *Appalachian Coals*, la Corte se rehusó a condenar un acuerdo para fijar el precio del carbón; en el caso *Socony-Vacuum*<sup>15</sup>, la Corte avaló la condena penal de un acuerdo para fijar el precio del petróleo. La comunidad antimonopolio adoptó la segunda e ignora la primera. Estos son ejemplos del carácter “dinámico” del antimonopolio libre del “significado exacto de las palabras contenidas en las leyes escritas”<sup>16</sup>.

Dos profesores describieron de este modo un episodio que ilustra la superficialidad del compromiso de Estados Unidos con la competencia:

La respuesta inicial del New Deal a la depresión fue abandonar la aplicación de las leyes antimonopolio. En un intento por encontrar una solución nacional para reanimar la economía, las leyes antimonopolio se derogaron expresamente mediante la Ley de Recuperación Industrial Nacional de 1933. Al contrario de lo que dictaba el sentido común económico de la época —equilibrar el presupuesto y recortar salarios y otros costos—, la Administración de Recuperación Nacional se proponía revertir la deflación de la economía formando carteles en los principales sectores. La geren-

cia de la Administración de Recuperación Nacional ordenó a antiguos competidores agruparse, incorporar a las organizaciones sindicales y a los grupos de consumidores y elaborar en forma conjunta códigos que rigieran cada sector y restringieran o eliminaran la competencia. Los Códigos especificaban todos los aspectos comerciales, entre ellos los precios, las condiciones laborales y las condiciones de venta y los términos de intercambio para cada producto y servicio de la economía<sup>17</sup>.

En este período, Estados Unidos tuvo una política clara en cuanto a la competencia empresarial: eliminar toda la competencia que fuera posible, ya fuera justa o injusta. La Corte Suprema declaró inconstitucional la Ley de Recuperación Industrial Nacional ya que la consideró una delegación indebida de facultades al presidente que además excedía las facultades del Congreso de regular el comercio interestatal<sup>18</sup>. Desde entonces, no se formuló ninguna política coherente.

No queda claro si debería considerarse que las adquisiciones de empresas destruyen la competencia o constituyen un método de competencia. No queda claro qué métodos de competencia deben considerarse justos o injustos. No queda claro cuándo se considerará legítimo un contrato porque promueve la competencia o ilegítimo porque la inhibe. Tampoco cuándo se considerará que una actividad constituye un esfuerzo legítimo por competir o un esfuerzo ilegítimo por obtener un monopolio o abusar de él. A falta de una definición de competencia, los ciudadanos no sabemos de qué manera medirla ni determinar cuándo se la coarta. No tenemos una política coherente que nos permita determinar qué la favorece y qué la perjudica. Cuando aparecen contradicciones entre los fallos judiciales relacionados con la competencia, los profesores del antimonopolio les dicen a sus alumnos que “Tal vez cada caso sea producto de las convicciones dominantes de la época en la que se dictó el fallo”<sup>19</sup>. “Convicciones” podría traducirse por “corazonadas” o “caprichos”, y cabría preguntarse de quién y acerca de qué son esas convicciones.

No hay consenso en cuanto al significado de la palabra “competencia”. La mayoría de los empresarios dice que está a favor de la competencia y, sin embargo, utiliza al Estado para protegerse de ella en todas las formas posibles. Se sugirieron por lo menos cinco significados distintos para la palabra “competencia”: 1) rivalidad; 2) ausencia de limitaciones impuestas por una persona sobre las actividades económicas de otra; 3) situación del mercado en la que el comprador o vendedor no influye en el precio mediante sus compras o ventas; 4) la existencia de sectores y mercados fragmentados resguardada mediante la protección de empresas viables, pequeñas y locales, y 5) “cualquier situación en la que el bienestar del consumidor no puede incrementarse pasando a otro estado de situación mediante sentencia judicial”<sup>20</sup>. En el mundo real, la política controla la rivalidad entre empresas a través de patentes, licencias, exenciones selectivas, cupos, subsidios, precios sostén, estándares de eficiencia en el uso de combustible, controles ambientales, salarios mínimos, impuestos y créditos fiscales, y mediante el cumplimiento aleatorio y selectivo de una ambigua legislación antimonopolio. La afirmación de que el antimonopolio “mira a la competencia perfecta como guía rectora” carece de sentido. Depende de quién busque, y dónde.

### **La aplicación de las leyes antes de 1980: Objetivos mutuamente excluyentes**

Dos académicos describen de la siguiente manera la errática historia de la aplicación de la legislación antimonopolio:

Desde los orígenes de la Ley Sherman y a lo largo de su historia, una lista de términos de contenido ambiguo parecen (sic) haber influido tanto en las iniciativas de aplicación de la ley como la jurisprudencia. Al principio, existían términos como “trust”,

“monopolios” y “competencia salvaje”. Durante la depresión y los años siguientes, las palabras “gran envergadura”, “concentración”, “colusión”, “paralelismo consciente”, “apalancamiento”, “coerción”, “obstaculización”, “poder de mercado”, “poder monopólico” y “fusiones” se convirtieron en la base de las medidas de aplicación de la ley<sup>21</sup>.

El período transcurrido entre fines de la década de 1950, después de la creación de la Sección de Derecho Antimonopólico por parte del Colegio de Abogados de Estados Unidos, y fines de la década de 1970 estuvo marcado por un activismo sin dirección alguna en materia de antimonopolio. Durante los últimos días de la administración Eisenhower, una Comisión Federal de Comercio “revitalizada”<sup>22</sup> hizo cumplir con decisión el artículo 2 de la Ley Clayton en un intento por liberar a la industria de la indumentaria de los pagos por publicidad y promoción por parte de fabricantes a los que no tenían igual acceso todos los clientes, una práctica extendida que era claramente violatoria de la ley. Una acción de cumplimiento llegó hasta la propia Corte Suprema<sup>23</sup>. En esa época, la comunidad antimonopolio debatía cómo proteger la competencia sin proteger a los competidores. Algunos decían que cuando se eliminan los competidores se pierde la competencia, por lo que era necesario proteger a los competidores (con frecuencia llamados “pequeñas empresas”). Otros manifestaban que, siempre y cuando la competencia gozara de buena salud, no había que preocuparse demasiado por la pérdida de competidores específicos. Más tarde, se propuso la adopción de un objetivo único: el bienestar del consumidor, como solución a este dilema.

La preservación de la competencia en lugar de la protección de los competidores específicos fue cobrando preponderancia como objetivo del antimonopolio. Continuaron los esfuerzos constantes por declarar ilícitas todas las fusiones empresariales. Atacar a las grandes empresas se volvió más atractivo que proteger a las pequeñas. El Departamento de Justicia de Estados Unidos inició una investigación de IBM en 1967 y entabló una demanda en 1969, alegando que la empresa había monopolizado el mercado de computadoras digitales de uso general<sup>24</sup>. Ese mismo año, el presidente Richard Nixon solicitó al Colegio de Abogados de Estados Unidos una evaluación profesional de la Comisión Federal de Comercio. A su debido tiempo, el director de un comité de estudio del Colegio fue nombrado presidente de la Comisión Federal de Comercio. La institución volvió a cobrar vigor; esta vez, en lugar de atacar a los fabricantes de indumentaria, la Comisión apuntó más alto. En 1972, alegó que cuatro fabricantes de cereal listo para servir conformaban un monopolio y que la industria debía reestructurarse<sup>25</sup>. En 1976, alegó que General Motors había monopolizado de manera ilícita una porción de su propio inventario de autopartes. La Comisión intentó obligar a General Motors a que modificara su sistema de distribución de autopartes<sup>26</sup>.

El libro sobre discriminación de precios de Frederick Rowe<sup>27</sup>, publicado en 1962, destruyó intelectualmente el artículo 2 de la Ley Clayton. Este artículo contenido en una de las dos leyes básicas en materia de antimonopolio perdió el favor de la comunidad antimonopolio. Su desprecio es tal que la comunidad antimonopolio prefiere no considerarlo parte de la ley antimonopolio y suele referirse a él como “la Ley Robinson-Patman”. Un grupo de trabajo compuesto por miembros jerárquicos de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos elaboró un informe titulado *The State of Federal Antitrust Enforcement—2004* en el que recomendaba “revocar los artículos 2 c) y 3” de la Ley Robinson-Patman. El artículo 2 c) de la Ley Robinson-Patman no existe. El grupo de trabajo había querido referirse al artículo 2 c) de la Ley Clayton, modificado por el artículo 1 de la Ley Robinson-Patman, y al artículo 3 de la Ley Robinson-Patman.

Ese descuido es un ejemplo de la actitud poco profesional de la comunidad antimonopolio en lo

que respecta a la legislación. No es un error sin importancia. El artículo 2 de la Ley Clayton prohibía la discriminación de precios pero se interpretó de manera tal que no brindó suficiente protección a las pequeñas tiendas minoristas de abarrotes que competían contra grandes cadenas. El artículo 1 de la Ley Robinson-Patman de 1936 modificó el artículo 2 de la Ley Clayton para resolver el problema identificado. El artículo 2 de la Ley Clayton, modificado por la Ley Robinson-Patman, sigue siendo parte de una de las leyes antimonopolio que el Congreso define como la base de posibles demandas por daños triplicados. Además del artículo 1, que generalizó a través de una enmienda la prohibición civil de la discriminación de precios de la Ley Clayton, la Ley Robinson-Patman contiene otras disposiciones que no son “leyes antimonopolio”. Por ejemplo, el artículo 3 determina que es delito penal vender “a precios excesivamente bajos con el fin de destruir la competencia o eliminar a un competidor”<sup>28</sup>.

Después de la modificación, en 1950, del artículo 7 de la Ley Clayton, que generalizaba su alcance, en particular a la adquisición de activos y acciones, la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia pusieron en marcha programas intensivos de prevención de fusiones. Mientras se desempeñaba como profesor de derecho antimonopólico en Yale, Robert Bork describió la atmósfera en los siguientes términos:

La inminente concentración de toda la propiedad en unas pocas corporaciones gigantes y la desaparición concomitante de las pequeñas empresas son el demonio clásico del antimonopolio, adecuado para cualquier ocasión. Esta concentración de la economía viene siendo profetizada libremente por lo menos desde los debates sobre la Ley Sherman de 1890, siempre sobre la base de abrumadoras tendencias actuales, y nunca se materializa. Tampoco deja nunca de asustar a la gente. El mal de esta concentración vaticinada de toda la economía parece tan enorme y evidente en sí mismo que aturde la facultad de pensamiento crítico<sup>29</sup>.

Se publicaron estudios sobre la estructura del mercado. Se formuló un modelo de oligopolio que relacionaba la estructura del mercado con el aumento de las utilidades y el comportamiento anti-competitivo. Cobró aceptación la idea de que, si el aumento de la concentración es un buen motivo para detener las fusiones, puede ser necesaria la “desconcentración”. Al fin y al cabo, al impedir las fusiones, lo único que se consigue es preservar la posición dominante del que ya domina. ¿Por qué no dividir y hacer algo bueno de verdad? Un grupo de trabajo sobre políticas antimonopolio creado por la Casa Blanca en 1968 recomendó promulgar una Ley sobre Sectores Concentrados para reducir la concentración en cualquier sector en el que “cuatro o menos empresas tuvieran una participación agregada del 70% o más en por lo menos siete de los últimos diez años base y cuatro de los últimos cinco tomados como base”. El senador Phillip Hart propuso una Ley sobre Reorganización Sectorial que apuntaba a las empresas más grandes de siete sectores.

La fiebre de la “concentración” no duró mucho. En 1971, John McGee publicó *In Defense of Industrial Concentration*<sup>30</sup>, en el cual presentó gráficos y ecuaciones algebraicas en defensa de la concentración para refutar aquellos que se habían utilizado para condenarla. Otros economistas como Harold Demsetz y Yale Brozen desautorizaron las bases teóricas y empíricas de los temores relativos a la concentración. Las propuestas legislativas de dividir los sectores fueron dejadas de lado. En 1982, la Comisión Federal de Comercio abandonó el caso de los cereales. Ese mismo año, después de cinco años de litigio con General Motors por la distribución de autopartes, la Comisión llegó a la conclusión de que “se habría llegado a un callejón sin salida”. A sabiendas de que de todos modos no podía modificar la situación (porque no podía obligar a General Motors a venderles a determinados compradores), la Comisión Federal de Comercio abandonó el caso. También en 1982 el Departamento de Justicia

renunció a su infructuosa persecución de 15 años contra el presunto monopolio de las computadoras de IBM. En 1984 podía decirse que el modelo de oligopolio “encarna la visión anquilosada de una era pasada”<sup>33</sup>. Eso no significa que haya desaparecido de la psíquis del antimonopolio; en rigor, tiene un papel preponderante en las directrices que actualmente rigen las fusiones. El temor a la concentración de empresas sigue siendo un elemento central del antimonopolio.

### **El intento de encontrar un fundamento racional en la teoría económica**

En 1980, la protección de las pequeñas empresas mediante la aplicación enérgica del artículo 2 de la Ley Clayton y la prevención de la concentración mediante la aplicación indiscriminada del artículo 7 de la Ley Clayton habían perdido su atractivo. No prosperaron ni el uso del artículo 2 de la Ley Sherman por parte del Departamento de Justicia para atacar la presunta monopolización de las computadoras de IBM ni el ataque de la Comisión Federal de Comercio al monopolio conformado por los fabricantes de cereales. El antimonopolio necesitaba una nueva justificación, que llegó de la mano de lo que se dio en llamar “la escuela de Chicago”.

Como señalaron Daniel Gifford y Leo Raskind, “A fines de la década de 1970 ya había quedado claro que el criterio dominante en la interpretación judicial de las leyes antimonopolio era la eficiencia en la asignación de los recursos”<sup>34</sup>. El razonamiento era el siguiente: los monopolios son malos porque permiten al monopolista elevar el precio por encima del costo marginal y obtener utilidades monopólicas con un menor volumen de ventas. Como consecuencia, los recursos no se asignan en forma adecuada y el bienestar del consumidor se ve menoscabado. El antimonopolio debe estar orientado al objetivo único de impedir las prácticas monopolísticas que van en detrimento del bienestar del consumidor. Todo lo demás es inútil o malicioso. La economía es la clave.

En 1976, Richard Posner, profesor de la Facultad de Derecho de la Chicago University, sugirió que se revocaran todas las leyes antimonopolio excepto el artículo 1 de la Ley Sherman porque “las leyes antimonopolio redundantes [...] estimularon la expansión insensata y sin sentido crítico del alcance prohibitorio del antimonopolio”<sup>35</sup>. Dos años después, Bork, graduado de esa facultad, exigió que la reforma del antimonopolio “ataque tres clases de comportamiento: 1) los acuerdos horizontales para fijar los precios y dividir los mercados, 2) las fusiones horizontales “que crean enormes participaciones de mercado” y dejan “menos de tres rivales importantes en cada mercado” y 3) “la depredación deliberada”, “prestando atención [...] a fin de no confundir fuerte competencia con depredación”. Debían permitirse algunas conductas condenables: “los acuerdos en materia de precios, territorio, la negación a establecer relaciones comerciales y otras supresiones de la rivalidad de segundo orden [...] o una integración de la actividad productiva [...]”, las pequeñas fusiones horizontales, todas las fusiones verticales y de conglomerados, el mantenimiento vertical de precios y la división del mercado, los contratos de operaciones atadas, las ventas exclusivas y los contratos de suministro, la reducción ‘predatoria’ de precios [y] la ‘discriminación’ de precios”<sup>36</sup>.

Bork llegó a la conclusión de que “el único objetivo legítimo del derecho antimonopólico de Estados Unidos es la maximización del bienestar del consumidor” y que “la historia legislativa de las leyes antimonopolio [...] no permite suponer que el Congreso pretendiera que los tribunales sacrificaran el bienestar del consumidor a cambio de ningún otro objetivo”<sup>37</sup>.

Posner y Bork creían en el antimonopolio y buscaban la reforma más que la abolición de las leyes. Ellos cambiaron la retórica antimonopolio. Sin modificar la legislación, se había reducido su alcance prohibitorio. En cuanto a la discriminación de precios prohibida por el artículo 2 de la Ley Clayton, un grupo de trabajo de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados

Unidos llamó la atención en un informe publicado en 2001 a “la esencial eliminación de la actividad federal de aplicación de las leyes a lo largo del último cuarto de siglo” y “el casi total caso omiso a la ley por ambos partidos”<sup>38</sup>. La modificación del artículo 7 llevada a cabo en 1976, que exige notificar al Estado de las propuestas de fusión, hizo que fuera imposible no prestar la debida atención a este artículo como se dejó de lado el artículo 2, pero ya no se impiden indiscriminadamente las fusiones. Pasó a aplicarse la recomendación de Bork de permitir las fusiones verticales y de conglomerados. Más del 95% de las fusiones informadas se autorizaron sin más.

### **La teoría económica del bienestar del consumidor pasa a dominar la retórica: El tono del proteccionismo o la justicia perdura**

Algunos miembros de la comunidad antimonopolio veían el pensamiento de la escuela de Chicago como un peligro para su existencia, y por un tiempo así fue. La elección de Ronald Reagan como presidente derivó en el nombramiento de James C. Miller, economista en lugar de abogado, como presidente de la Comisión Federal de Comercio, y de William Baxter, un profesor de derecho de Stanford, como director de la división de derecho antimonopólico del Departamento de Justicia. Baxter había participado en el grupo de trabajo de la Casa Blanca de 1968 que recomendó dividir los sectores concentrados, pero en 1981 había cambiado de parecer en cuanto a la concentración. La actividad antimonopolio, al igual que otras actividades de regulación, se desaceleró. Se rumoreaba que un prestigioso bufete de Washington debió sacar un crédito para pagar los salarios del mes. El bufete que Herbert Bergson, ex director de derecho antimonopólico del Departamento de Justicia, había fundado a principios de la década de 1950, empezó a reducir su personal y acabó por desaparecer. Ralph Nader y Fred Furth, un experimentado abogado en demandas antimonopolio, organizaron una reunión de reencuentro pagada de sus propios bolsillos en el Airlie Center del norte de Virginia, no muy lejos de Washington. A ella fueron invitados y asistieron casi todos los miembros prominentes de la comunidad antimonopolio. Los tradicionalistas académicos se esforzaron por evitar que la oscilación “del péndulo” llegara “demasiado lejos”<sup>39</sup>. En 1987, el decano de la Facultad de Derecho de la Georgetown University dijo que “la inacción y la retórica poco rigurosa contribuyeron a una ola insensata y costosa en términos de recursos de fusiones gigantes” y exhortó a “retornar a una política de aplicación de las leyes antimonopolio más vigorosa y pragmática”<sup>40</sup>. Otro miembro destacado de la comunidad antimonopolio se lamentó de que la “religión” antimonopolio estuviera “muriendo”, lo que conllevaba “la pérdida de un recurso cultural precioso”<sup>41</sup>.

La religión antimonopolio no estaba muriendo. Se mantiene viva y goza de buena salud. La concurrencia a la reunión anual de 2006 de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos fue la más alta de todos los tiempos. Simplemente, la doctrina cambió de aspecto; pasó de proteger a las pequeñas empresas e impedir la concentración a promover el bienestar del consumidor. Uno de los creadores de la nueva retórica del antimonopolio observa su tarea con beneplácito:

A partir de 1970, el aumento del consenso y los avances del análisis económico del antimonopolio alentaron un enfoque más sofisticado respecto del derecho antimonopólico que, a partir de la década de 1980, coincidió con una actitud pública más positiva hacia el capitalismo. La quimera de la “gran empresa” prácticamente se dejó de lado. La eficiencia se convirtió en el único objetivo generalmente aceptado del antimonopolio. Más magistrados y abogados aprendieron los rudimentos de la economía antimonopolio, y los economistas antimonopolio lograron mayor eficacia como asesores y testigos expertos. Es justo decir que, al comienzo de su segundo siglo, el derecho

antimonopólico se ha convertido en una rama de la economía aplicada, ha alcanzado un grado elevado de racionalidad y previsibilidad, y es un éxito del que pueden estar orgullosas todas las ramas del derecho y disciplinas afines<sup>42</sup>.

Nótese el uso de la palabra “antimonopolio” que hace este seguidor del antimonopolio y la ausencia de referencia alguna a la legislación antimonopolio. De lo que se trata aquí es del “análisis del antimonopolio” y del “objetivo del antimonopolio”. Lo que está en discusión es la doctrina religiosa, y no el significado del lenguaje utilizado en las leyes escritas. El debate gira en torno a qué aspecto darle al antimonopolio. La creencia en la leyenda de Standard Oil y el temor a la concentración de empresas siguen siendo elementos básicos de la fe; falta que la comunidad antimonopolio se amolde a la nueva retórica y la adapte a los objetivos de la creencia. Eso es posible gracias a que la teoría económica no puede proporcionar reglas de comportamiento de carácter normativo. Aun si se la acepta como ciencia, la economía nos puede decir lo que fue, lo que es y en algunos casos lo que será. Lo que no puede decírnos es lo que debería ser. El antimonopolio, sí.

Incluso se exageró la victoria de la retórica de la escuela de Chicago. La aceptación de la eficiencia como objetivo único del antimonopolio está lejos de haberse completado. Como dijo a sus alumnos Herbert Hovenkamp, académico antimonopolio:

El enfoque del antimonopolio que adopta la escuela de Chicago es deficiente por dos motivos importantes: en primer lugar, la idea de que la formulación de políticas públicas debe guiarse exclusivamente por un principio de eficiencia basado en el modelo neoclásico de eficiencia del mercado es ingenua. Esa idea sobreestima la capacidad del responsable de la formulación de políticas para aplicar ese modelo al mundo real y, al mismo tiempo, subestima la complejidad del proceso mediante el cual este responsable debe elegir entre valores contrapuestos de políticas. En segundo lugar, el modelo neoclásico de eficiencia del mercado es en sí mismo demasiado simple para explicar o predecir el comportamiento de las empresas en el mundo real<sup>43</sup>.

Hovenkamp es un miembro más de la comunidad antimonopolio que acepta la existencia de este como algo independiente de las normas jurídicas. No se pretende que los magistrados hagan cumplir las leyes escritas: el antimonopolio debe abordarse desde una perspectiva más sofisticada. Las decisiones del antimonopolio son decisiones de políticas. Mediante un proceso complejo, el responsable elige entre valores contrapuestos de políticas.

La escuela de Chicago intentó darle al cumplimiento del derecho antimonopólico un objetivo único en pos de la racionalidad y la previsibilidad en lugar de lo que se consideraba la tendencia de la Corte de Warren a elegir entre valores de políticas contrapuestos y hacer cumplir “sus propias preferencias sociales”<sup>44</sup>. Hoy se acepta en general que la eficiencia en la asignación se convirtió en *una* de las metas del antimonopolio pero, dentro de la comunidad antimonopolio, subsiste una fuerte sensación de que el antimonopolio tiene varios objetivos entre los que pueden elegir los encargados de tomar decisiones antimonopolio, que, de este modo, tienen la libertad de hacer cumplir sus propias preferencias en materia de políticas. Dos expertos describen de la siguiente manera la elección entre objetivos:

Estos objetivos suelen pertenecer a cuatro categorías: 1) objetivos de bienestar del consumidor, como la asignación eficiente de los recursos disponibles y la prevención de la transferencia de riqueza en favor de los participantes que tienen poder de mercado; 2) la promoción de la innovación y el progreso tecnológico; 3) la protección de las empresas por medio de objetivos de justicia y equidad, y 4) el mantenimiento del poder descentralizado<sup>45</sup>.

La idea de que el derecho antimonopólico cobró racionalidad y previsibilidad puede sustentarse en citas de fallos de la Corte Suprema que tomaron esa dirección. La Corte reconoció la inverosimilitud de la reducción predatoria de precios<sup>46</sup> y se negó a avalar la ilegalidad automática<sup>47</sup> de las licencias genéricas de música protegida por derechos de autor. De acuerdo con la Corte, tampoco son necesariamente ilegales los acuerdos entre comprador y vendedor por el solo hecho de restringir la libertad de reventa del comprador<sup>48</sup>. Aun así, es difícil sostener que la economía aplicada haya aportado ninguna precisión al problema de cómo identificar al monopolio ilegal o que la normativa actual sobre fusiones tenga ninguna previsibilidad. Las frases ambiguas de la legislación antimonopolio facultan a los funcionarios del Estado para interferir en la actividad empresarial pero no proporcionan demasiadas directrices acerca de cuándo, dónde y por qué interferir. Un siglo de fallos judiciales no fue suficiente para clarificar el tema. Hay pocos motivos para creer que la teoría microeconómica generará grandes cambios. Aún si se aceptara la eficiencia en la asignación como fundamento único de los fallos mediante los que hace cumplir la legislación antimonopolio, podrían perseguirse los objetivos de justicia y equidad, aún amplia y firmemente apreciados, a través de la aplicación creativa del concepto imaginario de poder de mercado. De hecho, el poder de mercado reemplazó a la concentración como demonio multiuso del antimonopolio y mal principal al que el proceso ceremonial del antimonopolio hoy está dirigido.

## 4. La magia del “poder de mercado”

La comunidad antimonopolio utiliza el término “poder de mercado”, un concepto imaginario de la teoría económica, como si describiera algo de existencia real. Si el antimonopolio es pro competencia, ¿respecto de qué es *anti*? La legislación antimonopolio no tiene una respuesta a esa pregunta. La comunidad antimonopolio proporcionó una: el antimonopolio es *anti* poder de mercado, el mal fundamental al que supuestamente están orientadas las actividades antimonopolio es el poder de mercado. El razonamiento es más o menos el siguiente: lo malo de la monopolización es que los monopolistas adquieran poder de mercado. Lo negativo de algunas fusiones es que pueden generar poder de mercado. Uno de los elementos centrales del antimonopolio es la creencia de que las empresas pueden ejercer y de hecho ejercen poder de mercado, y que depende de los Estados el impedir que lo hagan. La doctrina oficial declara: “Básicamente, la política antimonopolio está destinada a impedir que las empresas obtengan y retengan poder de mercado y que abusen de ese poder”<sup>1</sup>.

Muchos estadounidenses instruidos comparten dos elementos del antimonopolio: la creencia en la leyenda de Standard Oil y el temor a la consolidación de empresas. El tercer elemento —la creencia en la existencia del poder de mercado y en la responsabilidad del Estado al respecto— es propia de los expertos profesionales del antimonopolio. La mayoría de los estadounidenses jamás oyó hablar de tal cosa. ¿Qué es el poder de mercado?

Los economistas definen el “poder de mercado” como la capacidad de una empresa o un grupo de empresas dentro de un mercado para establecer precios superiores al nivel de la competencia, de manera rentable, durante un período prolongado. Aunque cualquier empresa puede aumentar los precios, no todas pueden hacerlo y beneficiarse de ello. A raíz de esto, una de las características distintivas de las empresas o los grupos de empresas con poder de mercado es que pueden aumentar los precios sin perder tantas ventas como para que el aumento de precios deje de ser rentable. Si existen sustitutos cercanos o si otras empresas pueden comenzar a producir este tipo de sustitutos fácilmente, una empresa no se beneficiará con un aumento de precios, por lo que, por definición, no cuenta con poder de mercado<sup>2</sup>.

En otras palabras, una empresa tiene poder de mercado si posee poder de mercado. Este poder de mercado no es algo real. Es un concepto analítico de la teoría económica. Se deriva de modelos de competencia perfecta y de monopolio sacados de libros de texto. El concepto no supone que una empresa o un grupo de empresas haya detentado alguna vez poder de mercado ni que alguna vez pudiera tenerlo. Es un poder imaginario, como la hechicería. Es el poder que una empresa o un grupo de empresas tendría en una situación imaginaria: aquella en la que la empresa o un grupo de ellas no tiene competidores durante un período prolongado y en la que no existen sustitutos cercanos ni potenciales. Esta capacidad imaginaria de una empresa o un grupo de empresas imaginarias en una situación hipotética fue incorporada a la interpretación y aplicación de ordenamientos jurídicos que contienen expresiones como “restricción del comercio”, “monopolizar” y “reducir la competencia”, como si el poder de mercado fuera real —como si describiera una situación que realmente existe—, como si la posesión de tal poder hipotético pudiese probarse en los hechos.

La Ley Sherman prohíbe los contratos que “restringen el comercio o el intercambio entre los distintos estados o con naciones extranjeras” y que monopolizan o pretenden monopolizar “cualquier parte del comercio o el intercambio entre los distintos estados o con naciones extranjeras”. La Ley

Clayton prohíbe las fusiones “si en cualquier rama del comercio [...] en cualquier sector del país, el efecto [...] puede ser una reducción sustancial de la competencia, o la tendencia a la creación de un monopolio”. La investigación judicial que se realiza para determinar si una conducta viola esos estándares normativos ambiguos de la legislación antimonopolio se convierte en lo que la comunidad antimonopolio denomina “análisis de mercado”. Las decisiones se cubren de un viso de racionalidad mediante la discusión del “mercado relevante”. El proceso se describe de la siguiente manera:

El análisis de mercado comienza por la definición del mercado relevante. Sin definir el mercado relevante, no hay ningún contexto significativo dentro del cual evaluar los efectos competitivos de la restricción. Un mercado relevante abarca ambas dimensiones: producto y geografía. Tras definir el mercado relevante, los magistrados analizan si la parte demandada tiene “poder de mercado”, normalmente definido como “la capacidad de aumentar los precios por encima de lo que se cobraría en un mercado competitivo”. Por lo general, los magistrados han sostenido que la prueba del poder de mercado de la parte demandada es un requisito fundamental que se impone a un demandante que pretenda utilizar el análisis de mercado para satisfacer la carga de la prueba de un probable efecto anticompetitivo<sup>3</sup>.

La comunidad antimonopolio toma con seriedad este proceso porque las opiniones judiciales redactadas en estos términos se utilizan como reglas para juzgar conductas. Entendido así, el poder de mercado no es solo un concepto teórico, es una capacidad que el demandado puede obtener y ejercer. La posesión de poder de mercado puede “probarse”, es algo que magistrados y jurados pueden identificar como un hecho. En ese sentido, el magistrado John Paul Stevens definió el poder de mercado como la “capacidad especial [...] de obligar a un comprador a hacer algo”<sup>4</sup>. En el mismo sentido, el *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* (Comentario sobre las pautas orientadoras para fusiones horizontales) (2006), publicado por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de Estados Unidos, afirma en la primera página que “la principal preocupación de las leyes antimonopolio, incluso en la medida en que se refieren a fusiones entre competidores, es la creación o la consolidación del poder de mercado” y que “no debería permitirse que las fusiones crearan o consolidaran poder de mercado ni que facilitaran su ejercicio”.

Los autores del *Commentary* escriben como si las leyes antimonopolio fueran personas. Las personas tienen preocupaciones, las leyes no. Alguien está preocupado por la creación, la consolidación y el ejercicio de poder de mercado. El Estado debe responder a esas inquietudes.

Los expertos en antimonopolio señalan: “A menudo, el poder de mercado no es fácil de evaluar; el ‘verdadero’ análisis sin duda requiere una investigación exhaustiva y basada en hechos específicos de las condiciones competitivas subyacentes, que pueden ser complejas”<sup>5</sup>. “Hasta cierto punto, toda empresa no limitada por una situación de competencia perfecta detenta poder de mercado”<sup>6</sup>. En otras palabras, todo niño con un puesto de venta de limonada tiene cierto poder de mercado. “En mercados con productos diferenciados, la ausencia de competencia localizada puede permitirle a una empresa ejercer poder de mercado”<sup>7</sup>. ¿Cómo sabemos cuándo un demandado posee un nivel de poder de mercado obtenido intencionalmente que lo convierte en culpable de violar la Ley Sherman? ¿Cómo sabemos cuándo una fusión puede generar un nivel de poder de mercado tan inaceptable que merezca impedirse? “La teoría económica por sí sola [...] no ofrece una línea clara que determine en qué momento comenzar a preocuparse porque ese poder pueda tener como consecuencia una violación a las leyes antimonopolio”<sup>8</sup>. “La cantidad de poder que justifica una intervención judicial varía en función de la naturaleza del reto antimonopolio”<sup>9</sup>. De acuerdo con el “verdadero” análisis, “los tribunales

deben juzgar según el grado. [...] Desde luego, las evaluaciones de resultados no pueden detectar un poder que todavía no se obtuvo y, por lo tanto, no sirven para respaldar iniciativas antimonopolio destinadas a controlar las conductas que generan poder de mercado. [...] Tanto el poder de mercado como sus determinantes son cuestiones de grado. [...] Sin embargo, es preciso tomar decisiones aun si los datos disponibles no son concluyentes”<sup>10</sup>.

¿Por qué es preciso tomar esas decisiones? ¿Por qué debemos condenar una conducta cuando solo contamos con datos no concluyentes? En su libro *The Antitrust Paradox*, Robert Bork describió cómo respondieron a esa pregunta algunos miembros de la comunidad antimonopolio:

Varios cientos de abogados, en una reunión de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos (American Bar Association), escucharon a un abogado de renombre nacional (que posteriormente fue nombrado magistrado asociado de la Corte Suprema) que sostenía que era inútil preocuparse por los problemas intelectuales del antimonopolio. En opinión de este abogado, el antimonopolio concuerda con aquella antigua tradición estadounidense del alguacil de pueblo fronterizo: en lugar de analizar la evidencia, distinguir a los sospechosos y resolver los crímenes, se limita a caminar por la calle principal y de vez en cuando golpea a un par de personas con el revólver<sup>11</sup>.

Los partidarios del antimonopolio sienten la necesidad de actuar aunque no puedan estar seguros de lograr algo. Como dijo Thurman Arnold: “Esta no es una cruzada práctica”<sup>12</sup>. Incluso si los intentos de lidiar con el poder de mercado no logran más de lo que consiguió Theodore Roosevelt al atacar a los monopolios, esos intentos tienen valor moral y ceremonial.

¿Cómo podría demostrarse la existencia del poder de mercado? Nadie puede probarla, pero la comunidad antimonopolio la infiere a partir de la participación de mercado. “Si bien las participaciones de mercado y las estadísticas de concentración no son variables representativas perfectas del poder de mercado, se han vuelto variables representativas en los tribunales y en los organismos que evalúan el poder de mercado y el probable desempeño de un mercado”<sup>13</sup>. Los esfuerzos de la escuela de Chicago para que el derecho antimonopólico fuera una rama de la economía aplicada lograron en última instancia que la concentración se mantuviera como un elemento central del antimonopolio.

### **El “mercado” es una metáfora: No puede probarse, solo suponerse**

Para demostrar la existencia del poder de mercado, primero es preciso definir un mercado. La biblia antimonopolio publicada por el Colegio de Abogados de Estados Unidos sostiene:

La definición de un mercado relevante reviste importancia en la mayoría de los casos antimonopolio y suele ser el tema central de controversia. Aunque los tribunales han identificado métodos y factores básicos que deben tenerse en cuenta en la definición de un mercado, la aplicación de esos principios en casos específicos suele resultar difícil y compleja<sup>14</sup>.

Las *Horizontal Merger Guidelines* establecidas por el Estado definen un mercado como “un producto o un grupo de productos, y un área geográfica en la que se produce o se vende, tal que una hipotética empresa que maximiza las ganancias, no sujeta a regulación de precios, que fuera la única productora o vendedora presente o futura de ese producto o grupo de productos, probablemente impondría al menos un aumento en el precio ‘pequeño pero significativo y no transitorio’, dado el supuesto de que las condiciones de venta de todos los demás productos se mantengan constantes”<sup>15</sup>. Las *Guidelines* también contienen la siguiente afirmación: “Al tratar de determinar de manera objetiva el efecto de

un aumento ‘pequeño pero significativo y no transitorio’ en el precio, la Agencia, en la mayoría de los contextos, utilizará un aumento de precios del cinco por ciento que permanecerá vigente en el futuro cercano”<sup>16</sup>.

Las determinaciones del mercado y del poder de mercado se realizan mediante un proceso auto-hipnótico de razonamiento circular. El mercado no es más que una metáfora, y no una descripción de la realidad. No hay un mercado real. Esto lo explicó Frederick Rowe:

Básicamente, el mercado es una metáfora, no un fenómeno real: una “imagen en nuestras cabezas”. Si bien muchas definiciones, todas circulares, plantean atributos de lo que es el mercado (un mercado es un mercado es un mercado), no existe un hay en esa definición. Como en el concepto de “contrato” en derecho, el concepto de “mercado” en economía solo proporciona respuestas para los casos de manual obvios. Sin embargo, a diferencia del concepto de “contrato”, que adquirió objetividad a partir de la jurisprudencia, los comentarios históricos y la interpretación caso por caso, el concepto de “mercado” no tiene un contenido objetivo externo. Sin referentes empíricos, la identificación de algo llamado el mercado es necesariamente arbitraria, una fachada para tomar decisiones derivadas de otras fuentes. Inevitablemente, el mercado implica una mezcla de intuición, criterio y elección, que varía según el caso y la cuestión de que se trate. (Las normas derivadas referidas al “poder de mercado”, entonces, se tornan engañosas o triviales, porque el poder existe en todos lados o en ningún lugar y solo cobra significado como variable de tiempo y de grado para un caso específico.) [...] El mercado, en sí mismo, no puede ser la premisa de predicción, la constante analítica para inferir perspectivas positivas o negativas respecto de hechos empresariales en un caso real. [...] El problema no son los modelos económicos como modelos, sino su uso erróneo como normas jurídicas<sup>17</sup>.

La definición de “mercado” que proporcionan las *Guidelines* implica suponer que, mientras el aumento de precios hipotético en que se basa la definición de mercado se mantiene (un aumento de 5% que permanece vigente en el futuro cercano), “las condiciones de venta de todos los demás productos se mantienen constantes”. Se intenta efectuar un análisis estático de un mundo dinámico mediante una suposición acerca de un futuro desconocido, y muy probablemente esa suposición sea errónea. Lo único que sabemos sobre el futuro es que las cosas cambian. La definición del mercado parte de un supuesto que solo podría cumplirse en un mundo imaginario, no en el mundo real.

Para resolver este problema, la comunidad antimonopolio emplea el concepto de “barreras a la entrada”, otra metáfora necesaria para otorgarle cierta viabilidad superficial a la metáfora del mercado. Se supone que, dadas las barreras a la entrada, el aumento hipotético de los precios no atrae más vendedores:

La existencia o la ausencia de barreras de entrada es una característica fundamental del mercado que inevitablemente se tiene en cuenta de una u otra manera en todo análisis del mercado y del poder de mercado. Tanto los tribunales como la bibliografía económica reconocen que un grupo monopolista o colusivo no podrá aumentar los precios por encima del nivel competitivo durante períodos prolongados si resulta fácil ingresar al mercado relevante<sup>18</sup>.

Esto embellece la doctrina, pero solo torna más difícil imponer los conceptos a los hechos del mundo real. Según el *Market Power Handbook* [Manual acerca del poder de mercado], “todavía hay gran desa-

cuerdo tanto respecto de la definición de las barreras a la entrada como del mejor método para evaluar la facilidad o la dificultad que conlleva para un nuevo competidor ingresar al mercado”<sup>19</sup>.

Si la existencia de barreras a la entrada permite el ejercicio del poder de mercado, ¿cuándo se erigieron esas barreras y quién lo hizo? ¿Existían antes de que se lograra obtener el poder de mercado? Dos economistas arriban a la siguiente conclusión: “No hay consenso general acerca de qué constituye exactamente una barrera a la entrada”<sup>20</sup>. Tal vez, las únicas barreras verdaderas a la entrada son las que mantiene el Estado mediante patentes y legislación especial<sup>21</sup>.

### **El poder de mercado: Imaginario y no verificable**

El “poder” de mercado es el poder imaginario que podría tener un vendedor si se diera un futuro supuesto, que no puede verificarse y en el que todas las demás cosas permanecen invariables. El Estado obliga a los ciudadanos a pagar impuestos. Eso es un poder real. Las empresas no pueden obligar a los ciudadanos a pagar nada. No puede obtenerse poder con un volumen elevado de ventas. No existe el derecho a vender. Nadie puede ser obligado a comprar. Los antimonopolistas deducen —a partir de supuestos circulares— un poder milagroso que algunos vendedores tienen para obligar a la gente a comprar. La definición de mercado depende de un poder supuesto y ese poder, a su vez, depende de la definición del mercado. Ambos dependen de supuestos acerca de un futuro que nadie puede conocer. La aplicación del término “poder de mercado” a una relación consensuada entre comprador y vendedor dificulta el razonamiento sobre esta cuestión. El único poder real que tiene un vendedor proviene de satisfacer a los compradores. Ante la ausencia de coacción del Estado, es el comprador, y no el vendedor, el único que tiene algún poder.

Dadas las doctrinas antimonopolio existentes, la comunidad antimonopolio debe utilizar los términos disponibles para obtener resultados. Todos los vendedores gozan de un monopolio en algún momento y lugar determinados, pero todo compite con todo en procura del dinero del comprador. La comunidad antimonopolio trata de conciliar estas dos verdades evidentes para darles algún sentido a los términos “monopolización” y “competencia”. Actualmente, el “análisis de mercado” es la única herramienta disponible. La comunidad antimonopolio está forzada a utilizar esa herramienta en función de las actuales doctrinas antimonopolio. Los abogados se limitan a aplicar esas doctrinas y no puede esperarse que ellos aporten algo al desarrollo de políticas públicas inteligentes.

La fe en el poder de mercado es fundamental para la comunidad antimonopolio. Si no existe algo como el poder de mercado, el antimonopolio deja de tener sentido. ¿Dónde quedaría el Credo sin la Inmaculada Concepción? La creencia en el efecto de un placebo, al igual que la creencia en el poder de la plegaria, puede resultar beneficiosa y no perjudica a quienes no la comparten. En comparación, la creencia en el poder de mercado conlleva la posibilidad de un daño y no ofrece una justificación racional para la creación de reglas normativas.

Cuando un magistrado o jurado concluye que un demandado posee poder de mercado, puede llegar a la conclusión de que existe una monopolización ilegal, que puede ser acompañada por una demanda por daños triplicados y la disolución de la empresa demandada. Cuando un funcionario público determina que una fusión podría contribuir a crear un poder de mercado considerable, la fusión debe impedirse. En el mundo de ensueño del antimonopolio, a medida que aumenta el volumen de ventas y se alcanza una determinada participación de mercado, los vendedores obtienen mágicamente poder de mercado. Ahora pueden elevar los precios por encima del nivel “competitivo”, recortar la producción y obtener ganancias monopólicas. Pero el éxito es riesgoso. Si la participación de mercado es una variable representativa del poder de mercado, en algún momento la regla para los empresarios creativos y productivamente audaces pasa a ser: mantengan bajo el volumen de ventas y eviten mejoras de precio,

calidad y servicio, o enfrentarán acciones judiciales de defensa de la competencia. La aplicación de las leyes antimonopolio está basada en esa teoría. Hay que ser experto para creer en ella.

### **La etiqueta de “poder de mercado”: Un disfraz para decisiones subjetivas**

La etiqueta de “poder de mercado” se utiliza como fachada para tomar decisiones subjetivas acerca de lo que considera justo quien toma la decisión. Determinar si un demandado tiene una cantidad inaceptable de poder de mercado —es decir, si infringió la ley— es cuestión de criterio. ¿Sobre qué base se juzga? La teoría económica no proporciona ninguna línea divisoria clara para orientar la decisión. Los hechos tampoco. La identificación del mercado es arbitraria, “una fachada para tomar decisiones derivadas de otras fuentes”<sup>22</sup>. Como escribió Rowe, la definición de mercado “implica una mezcla de intuición, criterio y elección, que varía según el caso y la cuestión de que se trate”<sup>23</sup>. La discreción o la elección tienen por objeto determinar que el demandado tiene, tuvo o podría tener un poder de mercado considerable. ¿Concluyó el magistrado o jurado que el demandado tenía un poder de mercado considerable debido a que el demandado realmente tenía ese poder? ¿O el poder existía únicamente porque el magistrado o jurado así lo determinó?

Las doctrinas antimonopolio de análisis de mercado confieren a los antimonopolistas el poder de tomar decisiones arbitrarias basadas en intuiciones o caprichos, bajo un viso de racionalidad. Aque-lllos que saben lo que hacen pueden promover sus propios objetivos personales o políticos, entre ellos el deseo de equidad y justicia social. Los que no saben lo que hacen se limitan a actuar al azar o en la dirección en la que los oriente un defensor eficaz. Como señaló un director de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos:

Cada caso de antimonopolio involucra ahora una batalla entre expertos económicos, y es muy difícil para los magistrados y jurados sin formación en economía del antimonopolio evaluar de manera eficaz las presentaciones de los expertos económicos, por lo que, en general, los expertos terminan anulándose mutuamente en el caso<sup>24</sup>.

Es posible que algunos de los que toman decisiones sepan lo que hacen. Es posible que otros no. En ambos casos, no hacen lo que se supone que tienen que hacer en nuestro sistema: aplicar a hechos demostrados reglas anunciadas por escrito, para decidir si se violó una ley.

## 5. La monopolización

El principal objetivo del antimonopolio es proteger al público de la monopolización por parte del “trust”<sup>\*</sup>. La comunidad antimonopolio no logró desarrollar una descripción específica del principal villano del antimonopolio: el trust. La Ley Sherman, la ley antimonopolio original, dispuso que era un delito federal, punible con multas y prisión, “restringir el comercio” y “monopolizar” cualquier parte del comercio o el intercambio entre los distintos estados o con naciones extranjeras. Esas actividades eran, supuestamente, las que habían realizado Standard Oil y otros trust. Se sostenía que los trusts habían monopolizado partes del comercio. Las prohibiciones de la Ley Clayton —por ejemplo, contra los precios discriminatorios, las operaciones atadas y las fusiones— no son delictivas. Se adoptaron posteriormente a fin de prevenir prácticas que podían llegar a generar una supuesta monopolización.

Como señalaron muchos autores, la comunidad antimonopolio favorece la competencia, pero no arriba a un consenso acerca del modo de definirla. Los profesores de derecho Daniel Gifford y Leo Raskind escribieron:

La Ley Sherman se promulgó en respuesta a las frases políticas predominantes en ese momento: “trust” y “monopolios”. Como lo demuestra la evolución legislativa de la Ley Sherman, los debates en el Congreso que llevaron a su promulgación no brindaban una orientación clara para la interpretación de la ley tal cual fue promulgada<sup>1</sup>.

Los profesores de derecho Eleanor Fox y Lawrence Sullivan opinan que, cuando se promulgó la Ley Sherman, el público consideraba que los trusts eran un “mal intolerable”<sup>2</sup>. El Congreso actuó para combatirlo “a pesar de las dudas acerca de qué significaba o lograría precisamente esta legislación”<sup>3</sup>. Esa acción fue similar a la forma en que los políticos actuales responden al descontento público con los precios del combustible, mediante propuestas para solucionar el problema de los “precios exorbitantes”, sin poder definirlos. En 1890, el descontento público en relación con los trust parecía exigir medidas contra la monopolización, aunque el término no estaba definido (y a pesar de que, en ese momento, los precios del sector petrolero estaban cayendo). Las dudas sobre qué significaba o lograría la ley no fueron un obstáculo para la acción del Congreso.

Desde entonces, la comunidad antimonopolio se ha esforzado para asignarle un significado a la prohibición legislativa de la monopolización. Es imposible construir una base fáctica para el término. Al igual que en el caso del poder de mercado (y a diferencia, por ejemplo, del caso del robo), lo que queda es un concepto prohibido de “mal” sin referencia fáctica. Nadie ha dado con una formulación capaz de distinguir entre las iniciativas competitivas legítimas e ilegítimas emprendidas por una empresa dominante. ¿Acaso la empresa está compitiendo con éxito, lo cual se considera deseable? ¿O emprende prácticas monopolizadoras, que es algo que la legislación castiga? No hay manera de hacer una distinción basada en hechos comprobables.

En 2006, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio celebraron una serie de audiencias públicas conjuntas para analizar “si y cuando algunos tipos específicos de conductas de una empresa dominante” pueden violar la Ley Sherman “perjudicando la

---

\*N. T.: El término “trust” se refiere a un acuerdo con propósitos monopolistas o restrictivos de la competencia, en particular los que utilizan la figura del “trust” (en la cual el fideicomitente transfiere ciertos bienes al fiduciario quién ejerce la propiedad de tales bienes administrándolos a favor del beneficiario) para controlar la conducta de las empresas que participan de tal acuerdo.

competencia y el bienestar de los consumidores, y cuando son procompetencia y benignos”<sup>4</sup>. En la audiencia inicial, el presidente de la Comisión Federal de Comercio indicó que el problema de cómo definir la monopolización ilegal “sigue molestando” y anunció un nuevo objetivo para el antimonopolio: la “competencia sin distorsiones”<sup>5</sup>. El concepto de “desvirtuar” la competencia puede ayudar a cristalizar el vago concepto de la monopolización, tan difícil de definir.

La creencia en el antimonopolio comienza con la leyenda de Standard Oil. Los partidarios del antimonopolio se oponen a lo que supuestamente hizo el trust de Standard Oil. El antimonopolio es *contrario al* trust de Standard Oil. ¿Por qué? A fines del siglo XIX, los empresarios de Estados Unidos trataron de fusionar las empresas bajo una figura jurídica denominada “trust”. Transfirieron valores a los fideicomisarios que en ese momento tenían autoridad para dirigir la nueva entidad como una sociedad unificada. Standard Oil formó el primer trust en 1882 y, en la década siguiente, otros sectores hicieron lo mismo<sup>6</sup>. En 1911, la Corte Suprema decidió que Standard Oil Company de Nueva Jersey era un monopolio ilegal prohibido por la Ley Sherman porque había unificado “el poder y el control sobre el petróleo y sus derivados”<sup>7</sup>. La Corte dividió al malvado trust en decenas de empresas separadas geográficamente. Nacía así la leyenda de Standard Oil.

Los profesores de derecho antimonopólico preservan la leyenda. Phillip Areeda y Louis Kaplow aceptan como “hechos innegables” que Standard “había logrado un indudable dominio de la producción y la distribución internas de petróleo mediante numerosas fusiones, algunas de las cuales se alcanzaron mediante *coerción* y tácticas de opresión contra la competencia, entre ellas la coacción de los proveedores y los clientes de la competencia”<sup>8</sup>. Fox y Sullivan explican a sus estudiantes cómo se ejercitaba ese “dominio”:

El enorme poder de compra de ese trust se utilizó para *obligar* a las empresas ferroviarias a cobrar tarifas bajas al trust y tarifas altas a la competencia del trust. Como vendedor, el trust petrolero cobraba precios altos a los clientes en áreas sujetas al monopolio, al mismo tiempo que recortaba los precios locales para *obligar* a los competidores más reacios a elegir entre venderse al trust o desaparecer<sup>9</sup>.

Fox y Sullivan sugieren que “las empresas ferroviarias, que necesitaban operar con Standard Oil, tenían miedo de ofenderla”<sup>10</sup>.

La leyenda de Standard Oil es un punto de partida para creer en el antimonopolio, de forma similar a como la creencia en la Inmaculada Concepción respalda el Credo. Si no se acepta la leyenda de Standard Oil, el conjunto de miedos, supuestos y predicciones que constituye la religión antimonopolio no tendría fundamento. Si se demostrara que la leyenda no está basada en hechos reales, podría pensarse que la Ley Sherman apunta a algo que jamás existió, que los procesos judiciales destinados a hacer cumplir la legislación son como una cacería de fantasmas. Tal vez esa sea la razón por la que es tan difícil definir la monopolización: que nunca ocurrió. El antimonopolio podría ser, como sostiene el profesor D. T. Armentano, un “enganó”<sup>11</sup>.

No todos coinciden con la afirmación de Areeda y Kaplow de que hay “hechos innegables” que demuestran que Standard Oil logró el “dominio” de la producción interna de petróleo mediante fusiones logradas a través de “coerción” y “tácticas de opresión” contra la competencia. Quizá muchas empresas deseaban ser compradas<sup>12</sup>. Además, durante el auge del supuesto dominio de Standard Oil en el sector, “los costos y los precios del petróleo refinado llegaron a los niveles más bajos en la historia del sector petrolero”<sup>13</sup>. De acuerdo con el profesor Thomas DiLorenzo, “nunca hubo prueba alguna de que los trusts y las ‘combinaciones’ de fines del siglo XIX perjudicaran a los consumidores

del modo en que se supone que los monopolios perjudican a los consumidores: mediante una colusión destinada a restringir la producción para aumentar los precios”<sup>14</sup>. Robert Crandall y Clifford Winston, de la Brookings Institution, concluyeron que la sentencia que disolvió Standard Oil tuvo “escaso efecto” y señalan que los precios reales del crudo estaban bajando antes del juicio contra Standard Oil y que comenzaron a aumentar tras su disolución. Observan que la participación de Standard Oil en la capacidad de refinería de Estados Unidos había caído antes de la sentencia, del 82% en 1899 al 64% en 1911<sup>15</sup>. El profesor Simon Whitney concluyó: “La caída de la participación de Standard Oil en las actividades de refinería registrada incluso antes de 1911 y la caída sostenida de la participación en la refinación de las empresas sucesoras tomadas en conjunto indican que la sentencia no hizo sino respaldar las tendencias del momento”<sup>16</sup>.

Según Armentano, Standard Oil era más eficiente:

[La leyenda] no tiene casi ninguna conexión con los hechos reales. [...] La eficiencia de Standard Oil hizo que la empresa fuera en extremo exitosa: mantuvo sus costos en niveles bajos y pudo vender una cantidad cada vez mayor de su producto refinado, por lo general a un precio cada vez más bajo, en el mercado libre. [...] En 1911, al menos 147 refinerías competían con Standard, entre ellas muchas empresas grandes como Gulf, Texaco, Union, Pure, Associated Oil and Gas y Shell. [...] Standard Oil [...] aseguró su posición de mercado en el sector del petróleo principalmente mediante la eficiencia interna y las fusiones, no mediante prácticas predadoras sistemáticas<sup>17</sup>.

El profesor John McGee analizó las miles de páginas del expediente judicial del caso de Standard Oil y llegó a la conclusión de que este demuestra que “Standard Oil no aplicó una discriminación predatoria de precios orientada a dejar a las refinerías fuera de la competencia, efecto que tampoco tuvo su práctica de determinación de precios”<sup>18</sup>.

Más allá de la verdad de los registros históricos, cabe preguntarse cómo podía el trust “forzar” a los clientes a comprar y a los vendedores a vender sin el apoyo del Estado. ¿Cuál era la base del supuesto “dominio” de Standard Oil sobre la producción y la distribución internas de petróleo? ¿Cuál era la fuente de su “poder y control” sobre el petróleo? ¿Cómo hace un transportista de mercadería para que las empresas ferroviarias tengan “miedo de ofenderlo”? El “poder” que Standard tenía para “forzar” a otros a participar en transacciones comerciales de compra o venta, ¿se ejercía a punta de pistola o con bates de béisbol? De ser así, el trust podría haber sido demandado por robo a mano armada. No habría sido necesario aplicar el derecho antimonopólico.

La comunidad antimonopolio reconoce que es difícil expresar en palabras el concepto de monopolización y formular una norma que indique qué es lo que se prohíbe cuando se declara que la monopolización es un delito. Quienes creen en el antimonopolio consideran que la dificultad radica en identificar y describir al monopolista malvado, es decir que la cuestión está en distinguir entre un trust bueno y un trust malo. Se celebran audiencias para analizar el problema, pero la comunidad no puede aceptar que la dificultad de definir la monopolización puede derivar de que es posible que, sin apoyo del Estado, nadie pueda monopolizar una parte del comercio o el intercambio durante un lapso suficientemente prolongado para justificar la promulgación de una ley que lo impida. Si no se creyera en la monopolización, no se precisaría ninguna ley que la prohibiera ni ninguna ley que impidiera aquellas prácticas comerciales susceptibles de generarla.

A fin de facilitar la comprensión, comparemos el delito de monopolización con el delito de robo. El delito de robo tiene una definición clara, basada en datos comprobables. Se define como “tomar un

bien mueble ajeno de su dueño o en presencia de su dueño, con fines de hurto, sin su consentimiento o contra su voluntad, mediante violencia o intimidación”<sup>19</sup>. Cada uno de los elementos del delito de robo tiene correspondencia con el mundo real. Conceptos tales como “tomar” o “mediante violencia” tienen un significado real.

No puede definirse el delito de monopolización como puede caracterizarse el de robo. Los supuestos elementos de la monopolización no tienen correspondencia con el mundo real, solo pueden imaginarse. A fin de definir la monopolización, la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association*) toma como referencia al caso *Grinnell*<sup>20</sup>. En él, la Corte Suprema identificó de la siguiente manera lo que denominó “los elementos del delito”:

El delito de monopolio de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Sherman consta de dos elementos: 1) la posesión de poder de monopolio en un mercado relevante y 2) la adquisición o el mantenimiento intencional de ese poder, en contraposición al crecimiento o desarrollo que se dan como consecuencia de un producto superior, la habilidad para los negocios o un accidente histórico<sup>21</sup>.

A diferencia de la exposición de los elementos del delito de robo, esta afirmación de la Corte Suprema carece de utilidad como regla práctica y normativa conforme a la cual se rija y se juzgue la conducta. La declaración no es más que una expresión doctrinal. El acto de tomar algo por la fuerza puede ser observado por testigos, a quienes puede interrogarse bajo juramento. Nadie puede observar la posesión de poder de monopolio. Es algo en lo que se cree o no, la prueba de la existencia de un poder de monopolio depende de supuestos y predicciones que no pueden verificarse. No hay testigos a quienes pueda interrogarse, sino solo teóricos expertos que pueden ofrecer sus opiniones, que “en general, terminan anulándose mutuamente”<sup>22</sup>.

Las palabras enunciadas por la Corte Suprema a las que recurre la comunidad antimonopolio para definir la monopolización no resuelven ni siquiera en términos doctrinales la tensión entre los valores que compiten entre sí. Como señala Fox:

El significado de “monopolizar” ha sido uno de los enigmas que marcó el derecho antimonopólico de Estados Unidos durante todo el siglo que lleva de existencia. El reto es formular una norma o estándar de responsabilidad que contemple sensatamente la tensión que existe entre ofrecer incentivos para destacarse, por un lado, y prevenir la creación y el abuso injustificados de un poder de monopolio, por el otro. El equilibrio se ha modificado a lo largo del tiempo<sup>23</sup>.

Sin los supuestos inherentes a los conceptos de “mercado” y “poder de mercado”, no habría tensión que equilibrar. Sin los supuestos de un análisis estático aplicado a un mundo dinámico, no es posible definir “el” mercado ni existiría “poder de mercado”. El problema de definir la monopolización está en el concepto, es decir, en la imposibilidad de alentar a los ganadores y proteger a los perdedores al mismo tiempo. La creencia en el antimonopolio permite creer en un tipo de competencia en el que algunos ganan pero ninguno pierde. Los partidarios del antimonopolio tratan de conciliar la competencia con la justicia social. Persiguen un sueño.

La definición de monopolización de la Corte Suprema utiliza el término “poder de monopolio”. ¿Hay alguna diferencia entre el poder de mercado y el poder de monopolio? El *Market Power Handbook* (Manual de poder de mercado) del Colegio de Abogados de Estados Unidos brinda la siguiente respuesta:

Algunos eruditos hacen una distinción entre ambos conceptos. Señalan que las empre-

sas pueden tener cantidades triviales de poder de mercado, quizá porque tienen ventas transitorias que desaparecen a medida que otras empresas innovan. Ese poder de mercado no debería plantear temores relacionados con el antimonopolio. Por el contrario, puede decirse que las empresas con un importante nivel de poder de mercado poseen poder de monopolio o “poder de monopolio antimonopólico”, que sí plantea temores relacionados con el antimonopolio. [...] Muchos economistas caracterizarían al poder de monopolio antimonopólico como una situación en la que una empresa (o un grupo de ellas) detenta un poder de mercado sustancial. La presencia de un poder de mercado considerable se refleja en la capacidad de la empresa (o del grupo de ellas) para aumentar un precio significativamente por encima de los niveles competitivos durante un período prolongado; a largo plazo, la empresa (o el grupo de ellas) no sufre la competencia gracias a importantes barreras a la entrada, y no como consecuencia de pequeñas diferencias en los atributos del producto<sup>24</sup>.

En otras palabras, sin barreras de entrada, el poder de mercado no equivale al poder de monopolio. Es posible que las empresas posean cantidades “triviales” de poder de mercado que resulten eliminadas mediante la competencia, pero ese poder no plantea “temores relacionados con el antimonopolio”. Esas preocupaciones solo surgen en el caso de un poder de mercado sustancial posibilitado por importantes barreras a la entrada. ¿Qué es una importante barrera a la entrada? También en este caso, quien estudia el antimonopolio se enfrenta con un concepto económico, como “mercado” y “poder de mercado”, definido por resultados y basado en supuestos, no en hechos verificables.

El *Market Power Handbook* del Colegio de Abogados de Estados Unidos concluye de este modo el capítulo sobre las barreras a la entrada:

La probabilidad de entrada es un examen específico de cada hecho que, al igual que el poder de mercado y el análisis del mercado relevante, implica una evaluación integral de las características estructurales y de comportamiento del mercado y las empresas en cuestión. No existe una prueba única que permita determinar si la entrada al mercado es probable, oportuna o exitosa. El análisis, por el contrario, debe tener en cuenta un amplio espectro de datos empíricos<sup>25</sup>.

Que surjan temores relacionados con el antimonopolio no significa necesariamente que haya tenido lugar una conducta ilegal, pero sí implica que debería emprenderse un proceso de evaluación antimonopólica, basado en el estudio de una gran cantidad de hechos. Se precisa una evaluación integral. No hay una prueba única disponible. Todo es relevante y nada es determinante. “El análisis” no incluye solo hechos, sino también supuestos y predicciones que no pueden verificarse. Se caracteriza la conducta de “anticompetitiva” y se la juzga ilegal en función de la inclinación del responsable de la toma de decisiones. No hay una regla normativa que rija o permita juzgar la conducta. Los resultados no dependen de los hechos en sí, sino de la manera en que los defensores y los teóricos hábiles caracterizan esos hechos. Se decide si ocurrió algo que no debería ser aprobado: si el demandado procedió con malicia y si la víctima recibió un trato injusto. En ese caso, no se acusa al demandado de actuar de manera competitiva, sino *anticompetitiva*. Luego se aplica la etiqueta, sin fundamentos, y se juzga que la conducta es ilegal. No hay una norma que pueda enunciarse por adelantado para regir y evaluar la conducta. Primero se evalúa la conducta y luego se la juzga. No se desaprueba la conducta porque ella haya infringido una norma. El dictamen no puede enunciarse hasta que la conducta se haya evaluado en profundidad y desaprobado en función de supuestos y predicciones.

El proceso antimonopolio de decidir quién está monopolizando de manera ilegal en lugar de estar simplemente compitiendo se analizó como una cuestión de selección de estándares. Steven Salop, profesor de derecho y economía de la Georgetown University, reconociendo que hay una “gran agitación intelectual en relación con cuál es el estándar antimonopolio de responsabilidad que debería aplicarse a conductas que supuestamente generan exclusión”, concluye que hay “dos principales estándares de responsabilidad opuestos”<sup>26</sup>. Salop prefiere uno de ellos y sostiene que, si ese prevaleciera, se lograría “unificar el derecho antimonopólico y darle mayor coherencia a la doctrina”<sup>27</sup>. El conocido abogado antimonopolio Mark Popofsky, a quien evidentemente no le preocupan ni la unidad ni la coherencia, identifica cinco propuestas de definición relativas a las conductas que generan exclusión. Popofsky sostiene que debería abandonarse la búsqueda de una prueba única, que los tribunales deberían aplicar “distintas” pruebas jurídicas y “elegir entre distintas normas” según el caso<sup>28</sup>. El profesor de derecho Andrew Gavil dice lo siguiente acerca de los intentos de la comunidad antimonopolio de definir la monopolización:

Como comunidad antimonopolio, hace tiempo que tenemos una opinión dividida acerca del monopolio. Por un lado, los males del monopolio son ampliamente conocidos: restricción de la producción, precios más altos, quizás menos incentivos para adoptar medidas de recorte de costos y para la innovación y más incentivos para adoptar estrategias de búsqueda de renta, como la depredación. [...] Sin embargo, también somos conscientes del peligro que conlleva condonar demasiado apresuradamente las acciones de los monopolistas, ya que los estándares jurídicos podrían socavar los mismos incentivos que llevan a las empresas a esforzarse para competir y tener éxito. [...] La identificación de normas jurídicas prácticas que resuelvan la innegable tensión que existe entre esos dos valores opuestos ha resultado ser un objetivo difícil de alcanzar<sup>29</sup>.

Gavil concluye diciendo que debería abandonarse el objetivo de enunciar una norma jurídica práctica, ya que “un estándar único e inflexible necesariamente generaría un efecto disuasivo excesivo o insuficiente”<sup>30</sup>. En lugar de adoptar la recomendación de Popofsky de dejar a los jueces la responsabilidad de elegir una norma que se adapte al caso, Gavil sugiere que se debería requerir a las “empresas dominantes” que “se adhieran a un código de responsabilidad más exigente”<sup>31</sup>. No aclara dónde radica ese código. Quizás en la “Regla de Oro”. No figura entre las disposiciones escritas de la Ley Sherman.

Es imposible buscar asesoramiento para evitar un juicio por monopolización. No hay manera de saber o predecir qué regla o norma se seleccionará para decidir en el caso, si es que se opta por alguna. ¿Cómo hace el competidor exitoso para evitar generar temores relativos al antimonopolio? Es posible que si recorta las ventas, de modo que los competidores ineficientes puedan sobrevivir con menor esfuerzo, logre evitar investigaciones del Estado. Sin embargo, es posible que el daño ya esté hecho. Un competidor que fracasó podría entablar una demanda por daños triplicados. A cambio de sus honorarios, un economista imaginativo y elocuente podría calificar una medida competitiva tomada por el demandado en el pasado haciendo uso de un concepto funesto, como “generadora de exclusión” o “es predatoria”. Los hechos pueden presentarse con una habilidad suficiente como para que la calificación le parezca viable a un jurado que está a favor del demandante. Un abogado emprendedor puede inventar una clase de partes perjudicadas y demandar daños y perjuicios tan altos que el competidor exitoso se vea obligado a llegar a un arreglo o ir a la quiebra. Ese no es el imperio de la ley sino el del azar.

### **Los intentos fallidos de dar significado a la prohibición legislativa de la monopolización**

La historia de las medidas del Estado contra la monopolización no proporciona razones para

ser optimistas y esperar que alguna vez se llegue a una definición práctica de la monopolización. Los creyentes del antimonopolio que se esfuerzan para darles sentido a las ambigüedades de la legislación antimonopolio buscan analogías con la evolución del *common law*, como si los tribunales federales pudiesen desarrollar un derecho sobre la monopolización al igual que los antiguos tribunales ingleses desarrollaron el derecho de la responsabilidad extracontractual y contractual. Los profesores E. Thomas Sullivan y Herbert Hovenkamp sostienen que la Ley Sherman “se diseñó para establecer únicamente principios generales, a fin de que los jueces pudiesen determinar la legalidad de las prácticas cuestionadas caso por caso, dentro de un contexto de principios de *common law*”<sup>32</sup>. Areeda y Kaplow afirman que la Ley Sherman “podría ser poco más que una orden legislativa para que el poder judicial desarrolle un *common law* antimonopólico”<sup>33</sup>.

La analogía con el *common law* es engañosa y confunde el razonamiento. La Ley Sherman es una ley promulgada por una legislatura de facultades limitadas, delegadas en una constitución escrita. Los tribunales federales no son tribunales de competencia general como los que desarrollaron el *common law* inglés que heredaron los tribunales de los estados norteamericanos. Según la constitución de Estados Unidos, todo el derecho federal es legislación. No existe un *common law* federal. Ni el Congreso ni los tribunales federales pueden crear un *common law*. Si la Ley Sherman fuera, como sugieren Areeda y Kaplow, solo una orden para desarrollar un *common law* antimonopólico, estaríamos frente a una delegación inconstitucional de facultades legislativas al poder judicial, sin un principio inteligible que lo oriente en el desarrollo de las disposiciones de la ley escrita.

Una ley que someta al ciudadano a posibles multas o a prisión debería disponer de manera explícita qué puede hacerse y qué no puede hacerse sin correr riesgos, y no debería dejar demasiado a la discreción de los fiscales, jueces y jurados. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó el argumento de que la Ley Sherman es deficiente en este sentido<sup>34</sup>. Declaró que “la ley está repleta de instancias en las que el destino de un hombre depende de que él valore correctamente, es decir, tal como considera el jurado posteriormente, alguna cuestión de grado”, y dio el ejemplo de los veredictos de “homicidio, homicidio culposo o muerte accidental” con respecto a un accidente de tránsito<sup>35</sup>. Sin embargo, esa analogía no se ajusta a las determinaciones del poder de mercado y las barreras a la entrada. Quizás es por esa razón que los fiscales se han mostrado reticentes a invocar las sanciones penales que dispone la Ley Sherman. El Colegio de Abogados de Estados Unidos lo explica de la siguiente manera:

Los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman le otorgan al Estado la facultad para actuar contra las infracciones mediante procesamiento penal o por desacato civil. Aunque la letra de las leyes no incluye criterios para determinar si una infracción específica se encuadraría mejor en el fuero penal o en el civil, la división antimonopolio aplica desde hace mucho tiempo la política de entablar un procesamiento penal solo en los casos en que crea que es posible demostrar una violación clara e intencional de la ley<sup>36</sup>.

## **De Standard Oil a IBM a Microsoft: El competidor exitoso se convierte en enemigo cuando gana**

Los ataques del Estado a la supuesta monopolización no son muy habituales, pero siempre existe el riesgo para los competidores exitosos, en especial para los innovadores, de que quienes pierden presionen a los funcionarios públicos para que adopten alguna medida. Con la ayuda de abogados y economistas creativos, los perdedores pueden someter al ganador a la pesada carga financiera de defender el éxito en los negocios contra demandas por daños triplicados, con resultados impredecibles.

El juicio de Standard Oil terminó con la victoria del Estado. La empresa demandada fue disuelta,

en lo que constituyó un triunfo simbólico pero inútil para el Departamento de Justicia. En 1915, el ex presidente Theodore Roosevelt se refirió al juicio de Standard Oil diciendo que “no se obtuvo ni la mínima ventaja para nadie y varios ciudadanos de valía con escasos recursos se vieron notablemente perjudicados”<sup>37</sup>.

De manera similar, el procesamiento de IBM fue un fiasco absoluto. El Estado comenzó una investigación en 1967 y presentó una demanda en enero de 1969<sup>38</sup>. El juicio comenzó en mayo de 1975. El gobierno de Estados Unidos solicitó la desestimación en enero de 1982<sup>39</sup>. El profesor de derecho John Lopatka describe el caso de la siguiente manera:

Las cifras son sorprendentes: 700 días de juicio a lo largo de casi siete años, precedidos por una etapa probatoria de seis años; 87 testigos citados; 860 declaraciones testimoniales (que se leyeron en voz alta ante un estrado vacío, un proceso que llevó 70 días de juicio); 104.400 páginas de expedientes judiciales; 17.000 elementos probatorios. [...] El Estado estimó que gastó US\$16,8 millones para llevar a cabo el litigio, sin incluir los honorarios de los peritos; la demandada estimó que el costo anual total —*anual*— para todas las partes fue de entre US\$50 millones y US\$100 millones, estimación que probablemente no contemple los costos indirectos incalculables del juicio. Y quince años después de haber comenzado las investigaciones, el gobierno de Estados Unidos sencillamente abandonó el juicio contra IBM: el asistente del procurador general William Baxter indicó que el Estado perdería aunque en realidad sospechaba que ganaría<sup>40</sup>.

El Estado alegó que IBM había monopolizado el mercado de computadoras digitales de uso general, ya que había alcanzado una participación en las ventas de alrededor del 74% de ese mercado. El Estado no acusó a IBM de haber adquirido esa participación de mercado por medios ilícitos, sino de haber mantenido su posición mediante actos anticompetitivos. Según el autor y ex Juez federal de apelaciones Robert Bork, “No había una explicación sensata acerca del dominio de IBM en la industria de la computación por aquella época además de su eficiencia superior y, a medida que la empresa fue perdiendo esa superioridad relativa, el mercado comenzó a erosionar su posición”<sup>41</sup>.

Telex, actuando como una parte privada, también atacó a IBM por su éxito comercial<sup>42</sup>. En el caso *Telex*, esta empresa alegó en primer lugar que IBM había monopolizado e intentado monopolizar los equipos de procesamiento de datos. Luego, en una demanda corregida, acusó a IBM de monopolizar los periféricos compatibles conectados con las unidades centrales de procesamiento (CPU, por su sigla en inglés) de IBM. En lugar de limitarse a defenderse, IBM contraatacó: mediante una reconvención, acusó a Telex de competencia desleal, robo de secretos comerciales y violación de *copyright*. Tras un prolongado juicio, un magistrado de distrito de Estados Unidos determinó que IBM debía pagar US\$259,5 millones a Telex, más US\$1,2 millones en concepto de costos y honorarios de abogados. Un tribunal de apelaciones revocó esa sentencia. El tribunal concluyó que la evidencia demostraba que las acciones llevadas a cabo por IBM constituían una “práctica competitiva válida” y ordenó que Telex pagara a IBM por la reconvención US\$17,5 millones en concepto de indemnización por daños y perjuicios y US\$1 millón en concepto de daños punitivos. Telex solicitó una revisión en la Corte Suprema, petición que fue retirada posteriormente, una vez que las partes llegaron a un acuerdo según el cual desistían de sus respectivas demandas. El caso es un buen ejemplo de la dificultad que conlleva distinguir entre una monopolización ilegal y una práctica competitiva válida. Las partes, probablemente asesoradas por los expertos más costosos, no estaban dispuestas a correr el riesgo de dejar la decisión en manos de la Corte Suprema. El caso *Telex* torna difícil defender la idea de la existencia del Estado de derecho en relación con la monopolización.

En el capítulo 1 se describe la complicada historia procesal del caso *Microsoft*<sup>45</sup>. Aunque el proceso no clarificó nada, demostró el carácter subjetivo de las decisiones relacionadas con la monopolización y la ausencia de cualquier norma manifiesta que permita regir o juzgar una conducta. Los perdedores de la competencia se quejaron ante la Comisión Federal de Comercio por la conducta de Microsoft. Dos de los miembros de la Comisión no estaban dispuestos a hacer nada al respecto. Otros dos, sí. Como el quinto miembro se negó a participar de la decisión, la Comisión no hizo nada. El caso quedó en manos del Departamento de Justicia. Tras muchos años en los tribunales, con la participación de dos jueces de distrito y tres jueces de tribunales de circuito (y un intento infructuoso por parte de otro magistrado de tribunal de circuito de mediar en el caso), un magistrado de distrito resolvió que Microsoft había monopolizado de manera ilegal los sistemas operativos de las computadoras personales compatibles con Intel y que había intentado monopolizar ilegalmente los navegadores de Internet. Determinó que la empresa debía disolverse. Un panel compuesto por siete jueces de tribunales de circuito, uno de los cuales había estado a cargo de la división antimonopolio del Departamento de Justicia antes de ser nombrado miembro del tribunal de apelaciones, revocó la mayor parte de la sentencia del magistrado de distrito y decidió que el caso era un asunto de “operaciones atadas”, que se resolvió extrajudicialmente mediante un acuerdo según el cual las partes aceptaron atenerse a disposiciones normativas supuestamente diseñadas para proteger a los competidores demandantes. El tema de las “operaciones atadas” se trata en el capítulo 7.

El 1 de junio de 1938 comenzó un juicio en torno a la demanda del Departamento de Justicia respecto de que Aluminum Company of America (Alcoa) había monopolizado ilegalmente el sector del aluminio. El Estado promovía la disolución de la empresa. El juicio duró dos años y generó 40.000 páginas de declaraciones testimoniales. Tras otros dos años, un magistrado de distrito desestimó la demanda. Dos años después, la Corte Suprema anunció que no podía reunir un quórum de seis jueces para revisar el caso, pero remitió el asunto al Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito. La opinión de ese tribunal, redactada por su presidente, Learned Hand, se considera un “clásico” que “contribuyó en gran medida a dar forma al derecho moderno sobre la monopolización”<sup>47</sup>. La opinión es un clásico, sin duda, pero sería más preciso decir que hizo más para perpetuar la confusión que para dar forma al derecho. Incluye afirmaciones que han perdurado en el tiempo, entre ellas: “Un único productor puede ser el sobreviviente de un grupo de competidores activos, meramente en virtud de una habilidad, una previsión y una industria superiores” y “El competidor exitoso, que se vio exhortado a competir, no debe transformarse en el enemigo una vez que gana”<sup>48</sup>. Sin embargo, el tribunal hizo precisamente eso: concluyó que Alcoa era un monopolio ilegal que había monopolizado ilegalmente el mercado de lingotes. Alcoa sostuvo que había operado con habilidad, energía e iniciativa y que merecía que la felicitaran, no que la disolvieran. El tribunal respondió:

No era inevitable que [Alcoa] siempre anticipase los aumentos en la demanda de lingotes y estuviese preparada para satisfacerla. Nada obligaba a la empresa a duplicar y reduplicar su capacidad antes de que otras entraran a competir. La empresa insiste en que nunca excluyó a la competencia; pero *no podemos imaginar una exclusión más eficaz que la de aprovechar progresivamente cada oportunidad a medida que estas se presentaban, y enfrentar a cada nueva empresa con una nueva capacidad ya ajustada a una gran organización, con la ventaja de la experiencia, los contactos comerciales y la excelencia del personal*. Solo si interpretamos la “exclusión” como algo limitado a maniobras no honestamente industriales, sino motivadas exclusivamente por el deseo de impedir la competencia, puede considerarse que las prácticas de Alcoa, aplicadas de manera incansable, no generan “exclusión”. Limitar

la definición de esta manera equivaldría a mutilar la Ley; lo que permitiría precisamente aquellas concentraciones que esta procura impedir<sup>50</sup>.

El tribunal condenó a Alcoa por su eficiencia. Tenía que hacerlo. De lo contrario, la Ley Sherman se habría visto mutilada. La existencia de Alcoa, tal como la de Standard Oil, era precisamente lo que se supone que el antimonopolio busca impedir. Así se dio forma al derecho moderno sobre la monopolización.

Los juicios antimonopolio pervierten los procesos legales tradicionales. El sistema estadounidense de cumplimiento de la ley necesita normas verificables que permitan medir las conductas. El sistema supone que es posible descubrir hechos que demuestran el incumplimiento de la ley. Las determinaciones de los hechos difieren de las declaraciones de derecho. El magistrado hace conocer la ley ante el jurado, el jurado determina los hechos y les aplica la ley para llegar al resultado. En los casos de juicio sin jurado, el magistrado determina los hechos.

Para concluir que el demandado posee poder de monopolio, que lo utilizó de manera anticompetitiva y que, por lo tanto, se trata de un monopolio ilegal, no es posible recurrir al proceso judicial tradicional sin socavar el sistema. La demostración de que el demandado se apropió de un valor ajeno mediante la fuerza es una cuestión fáctica. La demostración de que el demandado posee poder de monopolio no lo es. Los etéreos conceptos teóricos del antimonopolio mezclan cuestiones fácticas con cuestiones relacionadas con el derecho y la economía. Cuando un magistrado resuelve un caso de monopolización sin jurado, puede pronunciar la sentencia y respaldarla con un ensayo en el que se toma un cúmulo de hechos, supuestos, suposiciones, predicciones, conjeturas, teorías y conclusiones como “determinaciones de los hechos”. En un juicio por jurados, el magistrado puede dejarle hábilmente gran parte de la decisión al jurado mediante supuestas instrucciones relacionadas con el derecho, para que el jurado realice suposiciones disfrazadas de determinaciones de los hechos y resuelva el caso sobre el fundamento que prefiera, cualquiera sea este, incluso la definición personal de lo que es justo. Los tribunales de apelaciones tienen dificultad para revisar esos fallos. Como no hay una regla normativa práctica que defina la monopolización, en esos casos, dar instrucciones al jurado constituye una tarea difícil.

La comunidad antimonopolio defiende la pretensión de que existe un derecho sobre la monopolización y que este puede darse a conocer al jurado. Al mismo tiempo, algunos miembros de esa comunidad sostienen que debe abandonarse la búsqueda de definir el derecho sobre la monopolización. La comunidad, en su intento de ayudar al magistrado a enunciar al jurado algo que no puede enunciarse, ha publicado un modelo de instrucciones para jurados, respaldado por precedentes judiciales que se citan en notas al pie<sup>51</sup>. Estas instrucciones fueron publicadas en forma de libro por la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos. El prefacio del volumen indica que “la Sección considera que las instrucciones presentan la ley con precisión y justicia” y que “ofrecen un panorama unívoco y claro de la ley, basado en las decisiones de la Corte Suprema y de los tribunales de apelaciones”<sup>52</sup>.

Muchas de las instrucciones propuestas por el Colegio de Abogados de Estados Unidos tienen “final abierto” y están repletas de abstracciones. El competidor exitoso no puede dar por sentado que el éxito será el único criterio para considerar ilícita una monopolización. Una de las instrucciones propuestas para probar el poder de monopolio contiene la siguiente consideración:

Una participación de mercado superior al 50% puede ser suficiente para respaldar la conclusión de que el demandado tiene poder de monopolio, pero al momento de

analizar si lo posee, también es importante tener en cuenta otros aspectos del mercado relevante, como las tendencias de las participaciones de mercado, la existencia de barreras a la entrada, el ingreso y egreso de otras empresas, y la cantidad de competidores y su envergadura. Junto con la participación de mercado que posee el demandado, estos factores deberían permitirles determinar si este tiene poder de monopolio. La probabilidad de que una empresa tenga poder de monopolio es mayor cuanto más alta sea la participación que esa empresa tenga por encima del 50%<sup>53</sup>.

En relación con las “barreras a la entrada”, el Colegio de Abogados de Estados Unidos sugiere que se instruya a los jurados de la siguiente manera:

Las barreras a la entrada tornan difícil que nuevos competidores ingresen al mercado relevante de manera satisfactoria y oportuna. Las barreras a la entrada pueden incluir derechos de propiedad intelectual (como patentes o secretos comerciales), prácticas de comercialización especializadas y la reputación de las empresas que ya participan en el mercado (o el reconocimiento de marca que poseen sus productos).

El hecho de que las barreras a la entrada sean bajas o nulas puede demostrar que el demandado no posee poder de monopolio, por elevada que sea su participación de mercado, porque los nuevos competidores podrían ingresar fácilmente al mercado si el demandado decidiera aumentar los precios durante un período considerable. Por el contrario, el hecho de que existan importantes barreras a la entrada, así como una elevada participación de mercado, podría abonar la conclusión de que el acusado posee poder de monopolio<sup>54</sup>.

En relación con las “conductas anticompetitivas”, el Colegio sugiere que se instruya al jurado de este modo:

Puede ser difícil determinar la diferencia entre una conducta anticompetitiva y una conducta que tiene un propósito comercial legítimo. [...] Al determinar si la conducta del demandado fue anticompetitiva o si se trató de una conducta comercial legítima, es preciso decidir si la conducta es coherente con la idea de competencia fundada en los méritos, si beneficia a los consumidores y si resultaría razonable desde el punto de vista comercial más allá de su efecto en cuanto a excluir o perjudicar a la competencia<sup>55</sup>.

Que la empresa exitosa reciba un castigo por tener éxito puede quedar supeditado a la intuición del jurado al momento de determinar si una decisión de un ejecutivo tenía sentido “desde el punto de vista de los negocios”. Hasta la “regla de oro” sería más precisa.

Los economistas demostraron tener ingenio cuando crearon conceptos con nombres funestos, como “poder de monopsonio”<sup>56</sup>, para caracterizar la actividad competitiva como desprovista de racionalidad en términos de negocios y para obligar a los competidores a defender su éxito ante un tribunal. El caso *Weyerhaeuser*<sup>57</sup>, de 2005, ilustra el proceso. Es una repetición de la leyenda de Standard Oil. Un productor integrado ofrece productos terminados de manera rentable a precios cada vez más bajos. Los empresarios menos eficientes ubicados en un solo eslabón de la cadena competitiva van a la quiebra. Standard Oil fue disuelta. En el caso de Weyerhaeuser, se le permitió seguir existiendo con su forma de entonces, pero se le ordenó pagar parte de sus activos a las empresas menos eficientes, porque supuestamente había realizado compras “predatorias”.

El Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó una indemnización por daños y perjuicios de US\$26 millones (triplicada a US\$78 millones). Un panel unánime de tres jueces utilizó el

concepto de demanda inelástica y especulación sobre qué nivel de precios podría o no beneficiar a los consumidores a largo plazo a fin de diferenciar el caso *Weyerhaeuser* de un fallo de la Corte Suprema<sup>58</sup> que había rechazado una demanda por ventas “predatorias”. El Tribunal de Apelaciones aceptó la categorización de “oferta predatoria (es decir, pagar por los troncos un precio superior al necesario)” propuesta por el economista del demandante en referencia al caso. El testimonio de un ex empleado de Weyerhaeuser que indicaba que la empresa podía “influir sobre los precios en el mercado de troncos de aliso”, la evidencia de que los precios habían aumentado en ese mercado y la opinión del ex empleado de que la empresa había pagado más de lo necesario por los troncos se consideraron pruebas suficientes para concluir que la empresa “había adoptado conductas anticompetitivas mediante ofertas predatorias”. El Tribunal aprobó una demanda de tentativa ilícita de monopolizar los troncos, además de la estimación del jurado acerca de los daños sobre la base del “supuesto fundamental de que Weyerhaeuser mantuvo costos artificialmente altos en el mercado de troncos durante el período al que corresponden los daños”. La imaginación y la elocuencia de los economistas fueron decisivas. Los abogados debatieron sobre temas esotéricos y doctrinales relacionados con estándares para identificar compras y ventas “predatorias”.

El Tribunal de Apelaciones no planteó una norma que permitiera evitar esa trampa de éxito comercial en la que cayó Weyerhaeuser. En la opinión del Tribunal no hay nada que indique qué debería haber hecho y no hizo la parte demandada, ni qué cosa de las que hizo no debería haber hecho. El caso ilustra a la perfección la imposibilidad de distinguir entre una competencia legítima y las tentativas ilícitas de monopolizar, así como la naturaleza política simbólica del derecho sobre la monopolización.

## 6. Fusiones

La aplicación “vigorosa” del artículo 7 de la Ley Clayton generó fallos de la Corte Suprema que le otorgan al Estado fundamentos jurídicos para impedir cualquier fusión empresarial importante. Un elemento central del antimonopolio es la preocupación de que las fusiones no supervisadas por el Estado generen un monopolio pernicioso. Los partidarios del antimonopolio temen la consolidación de empresas porque la ven como una manera de monopolizar un bien o un servicio del mismo modo en que consideran que Standard Oil monopolizó el petróleo. El magistrado de la Corte Suprema William O. Douglas expresó con vehemencia este temor en un voto conjunto, en el contexto de un caso de fusión de empresas cerveceras ocurrido en 1966<sup>1</sup>. La Corte declaró que la fusión era ilícita desde las siguientes tres perspectivas: 1) la empresa fusionada alcanzaría el 23,95% de las ventas de cerveza en Wisconsin, 2) la empresa fusionada tendría el 11,32% de las ventas de cerveza en el área compuesta por los estados de Wisconsin, Illinois y Michigan y 3) la empresa fusionada obtendría el 4,49% de las ventas de cerveza a nivel nacional. El magistrado Douglas convino con todas las conclusiones de la Corte y afirmó que cualquier otro fallo daría como resultado “una forma de concentración [...] descrita” en un apéndice de su fallo. El magistrado adjuntó una columna del humorista Art Buchwald para un periódico en la que Buchwald señalaba que se estaban produciendo fusiones y que “si la tendencia se sostiene, todo el país estará pronto fusionado en una única gran empresa”. El humorista sugirió además que para 1978 todas las empresas al oeste del Misisipi formarían una gran corporación y que todas las empresas al este del Misisipi formarían otra, que esas dos corporaciones se fusionarían en una y que luego esta negociaría “con el Presidente la compra de Estados Unidos”.

El magistrado Douglas creía en el antimonopolio. Temía la consolidación de empresas. Su fallo y el apéndice complementario implicaban con claridad que, si el Estado no lograba impedir una fusión que representaría para la empresa fusionada una participación del 4,49% en las ventas de cerveza de Estados Unidos, todas las empresas serían capaces de fusionarse en una sola y eso de hecho ocurriría. La idea es tan absurda que nunca se articula de manera explícita, pero es un supuesto tácito persistente en el antimonopolio. El miedo irracional a la concentración de empresas continúa siendo uno de los elementos más enquistados de la religión antimonopolio. Gran parte de la actividad antimonopolio se produce como respuesta a ese miedo.

La doctrina de la Corte Suprema sobre la monopolización no posee un contenido claro acerca de qué permite y qué prohíbe el derecho. Por el contrario, la doctrina de la Corte sí es clara en lo que respecta a las fusiones. El artículo 7 de la Ley Clayton prohíbe las fusiones que puedan “reducir la competencia” o “tender a crear un monopolio”. La Corte Suprema interpretó la legislación como inclusiva de todas las fusiones. Según la interpretación de las leyes realizadas por la Corte, no existen fusiones en las que no pueda verse una reducción de la competencia y una tendencia a crear un monopolio. En efecto, las fusiones son ilícitas per se.

La campaña de la década de 1960 contra las fusiones, descrita en el capítulo 1, fue un éxito rotundo. El Estado impidió todo tipo de fusiones y ganó todos los casos, con excepción de uno. En ese caso, llamado *General Dynamics*<sup>2</sup>, cuyo fallo se emitió en 1974, Warren Burger había reemplazado a Earl Warren como presidente de la Corte Suprema. La Corte rechazó un intento de impedir la fusión de dos empresas del sector del carbón, al llegar a la conclusión de que no había posibilidad de que las dos empresas compitieran en el futuro si no se producía la fusión, ya que una de las dos tenía reservas de carbón limitadas. La Corte resolvió que la fusión no afectaría la competencia de un modo prohibido por la legislación. El caso *General Dynamics* fue la última ocasión en que la Corte dijo algo importante

en relación con las fusiones.

En 1962, en el fallo *Brown Shoe*, el presidente Warren había ensalzado la “pequeña empresa” como el “estilo de vida” que debía proteger el artículo 7 de la Ley Clayton<sup>3</sup>. Al año siguiente, en el caso *Philadelphia National Bank*, la Corte condenó “cualquier fusión que provoque que una empresa controle un porcentaje de participación indebido del mercado relevante y que genere un aumento significativo en la concentración de empresas de ese mercado”<sup>4</sup>. Respaldado por la Corte Suprema, el Departamento de Justicia de Estados Unidos atacó las fusiones que amenazaban con elevar la concentración en los mercados de “postres congelados”, “árboles de Navidad artificiales”, “cañerías a prueba de vándalos” utilizadas en las cárceles, servicios locales de alquiler de toallas, “termoplásticos reforzados con composición personalizada”, accesorios para cortinas y transporte comercial de residuos en Dallas. La Comisión Federal de Comercio actuó en contra de las fusiones capaces de aumentar la concentración en los mercados de pizzas congeladas, repuestos para carburadores, catéteres urológicos y “piezas para armar ataúdes”<sup>5</sup>.

Algunas resoluciones de tribunales inferiores promulgadas desde 1975 no “respetaron fielmente el espíritu ni la letra de la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo relativo a las fusiones”<sup>6</sup>. Se ha dicho que las decisiones antimonopolio de la Corte Suprema en casos no relacionados con fusiones “brindan fundamentos que permiten inferir que la Corte aprueba la evolución de la jurisprudencia de resoluciones de tribunales inferiores relacionadas con fusiones”, aunque “la Corte jamás rechazó directamente la enseñanza que emana de sus resoluciones antimonopolio”<sup>7</sup>. Andrew Gavil, William Kovacic y Jonathan Baker sugirieron que “las bases de la política de Estados Unidos sobre las fusiones descansan sobre el supuesto, sin el beneficio de una orientación directa por parte de la propia Corte, de que la Corte ya no cree lo que alguna vez sostuvo”<sup>8</sup>. De cualquier modo, la doctrina sobre fusiones de la Corte presidida por Warren se mantiene prácticamente intacta. Se la aplica para impedir fusiones relacionadas con productos como helados, sardinas y purés de frutas y verduras, aunque es imposible imaginar la creación de un monopolio para cualquiera de esos productos o que una fusión pueda resultar en la creación de un monopolio. El “análisis de mercado” en materia de antimonopolio proporciona una justificación para evitar esas fusiones. Se supone que existen mercados en las versiones “superpremium” de productos como el helado<sup>9</sup>, los “bocadillos” de sardinas<sup>10</sup> y la “comida para bebés”<sup>11</sup>. El argumento es que, en esos mercados, la fusión reduce la competencia y, por lo tanto, es ilegal.

La campaña contra las fusiones hizo que la Corte Suprema llegara a una interpretación del artículo 7 de la Ley Clayton que tuvo el efecto de declarar ilícitas todas las fusiones. Las autoridades tuvieron que enfrentarse al hecho de que no era su intención impedir todas las fusiones. Se vieron obligadas a adoptar una actitud más selectiva, a ser más permisivas que la ley. A fin de no contradecir las declaraciones de la Corte Suprema y para no renunciar a la discrecionalidad ilimitada que le permitiera evitar cualquier fusión (en casos en los que impedir la fusión revistiera importancia política), las autoridades se han mostrado reticentes a manifestar en forma unívoca qué fusiones podrían permitirse.

### **Todas las fusiones son ilegales, pero algunas son permisibles**

Una vez que se hizo evidente que el Estado podía impedir cualquier fusión que quisiera, los funcionarios a cargo de la aplicación de la ley publicaron “directrices” diseñadas originalmente para proporcionar cierta orientación sobre qué fusiones resultaban permisibles. De cuando en cuando, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio (en forma conjunta, la “Agencia”) emitieron documentos bautizados con el engañoso título de *Merger Guidelines* (directrices sobre fusiones). El Departamento de Justicia divulgó estas directrices por primera vez en 1968<sup>12</sup>. En 1982 publicó una revisión completa<sup>13</sup> y ese mismo año la Comisión Federal de Comercio emitió su propia declaración

sobre políticas de aplicación de la ley relativa a las fusiones horizontales<sup>14</sup>. En la revisión de 1982 del Departamento de Justicia, figuraba la siguiente nota al pie:

Existen datos empíricos económicos que demuestran que, si una o dos empresas dominan un mercado, la creación de una tercera empresa fuerte aumenta la competencia.

El Departamento ha tenido en cuenta esos datos empíricos, pero no está preparado actualmente para comparar esta mejora posible con la certeza de una concentración del mercado sustancialmente mayor.

Así, al aplicar una ley que prohíbe las fusiones capaces de “reducir la competencia”, el Departamento de Justicia manifestaba que estaba dispuesto a impedir las fusiones que aumentan la concentración, aunque aumenten la competencia. Dos años después revisó su declaración y omitió la nota al pie<sup>15</sup>. En 1992, la Comisión Federal de Comercio se unió al Departamento de Justicia para emitir una nueva declaración<sup>16</sup>. En 1997 agregaron un apartado sobre “eficiencias”, con el que la declaración llegó a tener 36 páginas de longitud con 39 notas al pie<sup>17</sup>. En marzo de 2006 publicaron el *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* (Comentario sobre las pautas orientadoras para fusiones horizontales)<sup>18</sup>, el cual consta de 68 páginas y ninguna nota al pie.

En los últimos años, el tratamiento de las fusiones “horizontales” (entre empresas que se consideran competidoras en un mercado determinado) reveló diferencias respecto del tratamiento de otros tipos de fusiones. Aunque existen doctrinas de la Corte Suprema orientadas a impedir fusiones verticales (entre proveedores y clientes) y fusiones de conglomerados (entre empresas que no compiten efectiva o potencialmente entre sí ni poseen una relación cliente-proveedor efectiva o potencial), la prevención de esas fusiones ya no está de moda desde la revolución de Reagan y desde que la comunidad antimonopolio adoptó la retórica de la escuela de Chicago. Algunos miembros de la comunidad lamentan que no se haya logrado una prevención más integral de las fusiones y solicitan que se “restaure” una política de aplicación de las leyes antimonopolio “más vigorosa”<sup>19</sup>. Sin embargo, no hubo tal restauración; no hubo “contrarrevolución”<sup>20</sup>. Las políticas en materia de fusiones han mantenido “su coherencia a lo largo de las distintas administraciones”<sup>21</sup>.

Es posible que ello se deba a que las fusiones horizontales brindan un nivel de actividad profesional suficiente para mantener ocupada a la comunidad antimonopolio y a que son un blanco fácil. Por definición, las fusiones horizontales están prohibidas por la ley. Son fusiones entre competidores. Debido a que puede suponerse que la empresa fusionada no competirá consigo misma, cualquier fusión entre competidores eliminará la competencia que existía entre las partes antes de la fusión y, en consecuencia, reducirá la competencia.

#### *Directrices que no orientan*

Las *Guidelines* ofrecen un marco doctrinal dentro del cual es posible racionalizar decisiones ya tomadas, pero no proporcionan una base que permita predecir cómo se tomarán las decisiones. Pensadas originalmente como medio para indicar qué fusiones podrían permitirse, las *Guidelines* se han transformado en replanteos de conceptos y doctrinas utilizados para racionalizar la prohibición de fusiones.

En la última versión de las *Guidelines* se analizan los siguientes temas: “concentración y definición de mercado”, “posibles efectos competitivos adversos de las fusiones”, “análisis de entrada”, “eficiencias” y “fracaso y liquidación de activos”. Si bien no existe una correlación demostrable entre la concentración y la competencia, en el apartado “Concentración y participaciones de mercado”, el documento presenta una medida seudocientífica de la concentración:

La concentración de mercado es una función de la cantidad de empresas que hay en un mercado y de sus respectivas participaciones de mercado. Como instrumento para interpretar los datos de mercado, la Agencia utilizará el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH) de concentración de mercado. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de cada uno de los participantes. A diferencia de la razón de concentración de cuatro empresas, el IHH refleja tanto la distribución de las participaciones de mercado de las cuatro empresas más grandes como la composición del mercado fuera de esas cuatro empresas. También asigna una ponderación proporcionalmente mayor a la participación de mercado de las empresas más grandes, en función de su importancia relativa en las interacciones competitivas.

La Agencia divide el espectro de concentración de mercado medido por el IHH en tres regiones, que, en términos generales, pueden caracterizarse como “desconcentradas” (IHH menor a 1000), “parcialmente concentradas” (IHH entre 1000 y 1800) y “altamente concentradas” (IHH mayor a 1800)<sup>22</sup>.

Como si se estuvieran planteando normas para evaluar las conductas, los autores del documento caracterizan como “estándares” los análisis de conceptos como definición de mercado y concentración de mercado. La primera página del documento reza:

No es posible eliminar la discrecionalidad de la evaluación de las fusiones en el marco de las leyes antimonopolio. Como los estándares específicos planteados en las *Guidelines* deben aplicarse a un amplio espectro de circunstancias fácticas posibles, la aplicación mecánica de dichos estándares puede arrojar respuestas engañosas a las preguntas de índole económica que surgen de las leyes antimonopolio. Además, la información suele ser incompleta y el panorama de las condiciones de competencia que surge de la evidencia histórica podría proporcionar una respuesta incompleta al análisis prospectivo de las *Guidelines*. Por esa razón, la Agencia aplicará los estándares de las *Guidelines* de manera razonable y flexible a los hechos y circunstancias específicos de cada fusión propuesta<sup>23</sup>.

El *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* de 2006 señala: “El análisis de fusiones depende en gran medida de los hechos específicos de cada caso”<sup>24</sup>. Thomas Leary, cuando era miembro de la Comisión Federal de Comercio, declaró ante una conferencia conjunta de Estados Unidos y la Unión Europea sobre soluciones para las fusiones, realizada en París en enero de 2002:

Los casos de fusiones dependen fuertemente de los hechos. Dos personas con la misma filosofía básica pueden arribar, y de hecho lo hacen, a distintas conclusiones respecto de una transacción específica<sup>25</sup>.

Dicho de otro modo, ante una propuesta de fusión determinada, una persona puede interpretar las *Guidelines* y considerar que debe prohibirse dicha operación mientras que otra puede considerar que la misma operación puede permitirse. Las *Guidelines* no guían a las partes que contemplan la posibilidad de fusionarse ni a los funcionarios públicos que tratan de determinar si evitar o permitir una fusión.

#### *Ejemplos de incertidumbre*

Cuando los miembros de la Comisión Federal de Comercio trataron la propuesta de adquisición de Quaker Oats Co. por parte de PepsiCo, dos estuvieron a favor de impedirla y dos en contra, y luego votaron 4-0 a favor de dar por terminada la investigación. Dos de los miembros de la Comisión

señalaron que “permitir que PepsiCo consolide más su posición en el mercado de bebidas sin alcohol mediante la adquisición de Quaker Oats y de su popular serie de productos Gatorade plantea el temor obvio y significativo de que desaparezca la competencia en el sector de los refrescos, altamente concentrado”. Los dos miembros restantes plantearon “si Quaker Oats, con su producto Gatorade, tiene el potencial para convertirse en una tercera fuerza competitiva importante en el mercado”. Agregaron que “es difícil predecir efectos futuros y que dos personas sensatas pueden diferir aunque utilicen los mismos instrumentos de análisis”<sup>26</sup>.

Cuando, en 2001, General Mills Inc. propuso adquirir Pillsbury Co., la Comisión Federal de Comercio consideró dos propuestas: 1) un acuerdo que contemplaba los términos ofrecidos por las partes y 2) una medida cautelar para evitar la fusión. Cada propuesta obtuvo solo dos votos<sup>27</sup>.

Ese mismo año, la Comisión Federal de Comercio cerró su investigación de la fusión entre Phillips Petroleum Corp. y Tosco Corp., argumentando que no era probable que la fusión “perjudicara la competencia y a los consumidores”, ya que las empresas operaban en distintas partes del país, la participación combinada de ambas en las zonas en que se superponían sus acciones de comercialización era baja y, además, no se generaría una consolidación de las reservas ni de la producción en la región *North Slope* de Alaska<sup>28</sup>.

Cuando, en 2001, Robert Pitofsky se retiró tras seis años como presidente de la Comisión Federal de Comercio (período en el que se estima que se aprobaron 26.000 fusiones), señaló con orgullo que había logrado que un tribunal de apelaciones revocara el fallo de un tribunal de distrito que habría permitido la fusión de Heinz y Beechnut en el sector de comidas para bebé<sup>29</sup>. El magistrado de distrito había llegado a la siguiente conclusión:

La Comisión presentó su argumento prima facie mostrando un aumento en la concentración de mercado. Los demandados impugnaron ese argumento mediante pruebas de que la fusión propuesta, en realidad, aumentaba la competencia. La Comisión respondió al contraargumento utilizando en esencia solo teoría estructural<sup>30</sup>.

El presidente Pitofsky declaró al *Wall Street Journal* que la decisión que revoca el fallo del magistrado de distrito defiende la aplicación de las leyes antimonopolio. En una entrevista con *Legal Times*, dijo: “Nuestra función consiste principalmente en jugar a la defensiva y preservar el statu quo”<sup>31</sup>. Al reemplazar a Pitofsky como presidente, Timothy J. Muris afirmó que él habría permitido la fusión<sup>32</sup>.

La incertidumbre es inherente al proceso de regulación de fusiones. Como indican las *Guidelines*, los estándares no pueden aplicarse mecánicamente. La evidencia histórica puede ofrecer respuestas incompletas. El análisis es prospectivo. Los responsables de regular sienten que deben hacer supuestos acerca de un futuro que resulta imposible conocer.

El *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines* de 2006 incluye lo que se describe como “breves resúmenes de casos que las Agencias han investigado [...] [para] comprender mejor los principios en cuestión”. Se indica cómo terminaron las investigaciones, pero se informa al lector que “ninguno de los resúmenes aborda de manera exhaustiva todos los hechos y temas pertinentes que surgieron durante la investigación”. Ninguno de estos ejemplos constituye una guía que permita determinar cómo terminará otra investigación “con alto contenido de datos empíricos” a futuro, pues 1) los ejemplos de decisiones pasadas no contienen todos los “hechos pertinentes” y 2) ningún caso futuro presentará exactamente los mismos hechos.

Si bien es posible citar los “estándares” de estos documentos para respaldar la decisión de impedir una fusión horizontal, ello no constituye un obstáculo a la hora de permitir una fusión, aunque esta

no solo elimine la competencia, sino que de hecho cree un monopolio. Cuando Boeing Co. compró McDonnell Douglas Corp. y obtuvo de esa manera un monopolio total de la fabricación de aeronaves comerciales de Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio permitió la realización de la fusión sin imponer condición alguna<sup>33</sup>. “Las consecuencias de la fusión en términos de política industrial, comercio exterior y defensa nacional generaron tensiones políticas. [...] Algunos funcionarios del Poder Ejecutivo y miembros del Congreso celebraron las iniciativas destinadas a reforzar el liderazgo de Boeing en la producción de aeronaves comerciales. [...] El Departamento de Defensa también recibió de buen grado la fusión de Boeing-MDC como medio para preservar las posibilidades de defensa de las empresas y eliminar la capacidad productiva ociosa”<sup>34</sup>. En esas circunstancias, la Comisión publicó una declaración que explicaba la forma en la que había llegado a la conclusión de que esta fusión de lo que se denominó “dos competidores directos” no reduciría sustancialmente la competencia ni tendería a crear un monopolio.

Ni las 36 páginas de las *Guidelines* ni las 68 páginas del *Commentary* proporcionan ningún tipo de orientación que ayude a predecir qué fusión se permitirá y cuál se impedirá. Los documentos brindan a la comunidad antimonopolio el vocabulario que debe utilizarse para analizar una propuesta de fusión, independientemente de las consideraciones reales del caso. Ilustran cómo se utilizan las doctrinas antimonopolio para describir la decisión de impedir una fusión, una vez tomada esa decisión. Las *Guidelines* no impiden presentar hechos y argumentos que podrían ser realmente pertinentes a la decisión de permitir una fusión, pero no orientan acerca de cuáles podrían ser esos hechos y argumentos.

En la primera página del *Commentary* de 2006 se señala: “El objetivo central de las leyes antimonopolio, incluso en cuanto se refieren a fusiones entre rivales, es la creación o el incremento de poder de mercado” y “las Agencias impugnan las fusiones que probablemente creen o incrementen la capacidad de la empresa fusionada [...] para el ejercicio del poder de mercado”. Declaraciones de esta índole no brindan normas ni orientación. Definir un mercado (y el concepto derivado, “poder de mercado”) conlleva la aplicación de un análisis estático a un mundo dinámico. No es posible sacar conclusiones sin supuestos. Definir un mercado requiere suponer que, excepto por la fusión, el mundo no cambiará. En el transcurso de ese ejercicio, quienes comparten la misma filosofía de base pueden llegar (y llegan) a distintas conclusiones sobre transacciones específicas, y es imposible predecir tales juicios individuales.

La persecución de las fusiones por parte del Estado es arbitraria e impredecible, se realiza en secreto y en forma aleatoria en función de las demandas que presentan los competidores. En la época de los fallos de la Corte presidida por Warren sobre las fusiones de empresas, de los cuales el Departamento de Justicia se apartó en las *Guidelines* originales, era posible fusionarse y esperar a que el Estado intentara investigar y deshacer la fusión. El Congreso modificó esta situación en 1976 agregando el artículo 7A a la Ley Clayton, que exige una notificación previa para todas las fusiones propuestas que superen un tamaño determinado, así como un período de espera previo a su concreción.

En el ejercicio 2005 se presentaron notificaciones correspondientes a 1.695 propuestas de fusión, de las cuales las autoridades federales reguladoras impugnaron 18<sup>36</sup>. Se permitió que el 98% de las fusiones avanzara sin interferencia del Estado. No hay manera de determinar por qué una determinada propuesta de fusión quedó dentro de ese porcentaje superior al 98% que el Estado permitió.

Las propuestas de fusiones con gran exposición pública ocasionalmente despiertan el interés general, lo cual, si el Estado decide no objetar la fusión, puede provocar un anuncio formulado en lenguaje antimonopolio, del tipo “no es probable que esta fusión confiera poder de mercado a la entidad fusionada”<sup>37</sup>. No se realiza una divulgación sistemática de las decisiones favorables a las fusiones. El

registro público de las fusiones impugnadas no proporciona demasiados indicios respecto de qué fusiones se permitirán. En 2004, un tribunal federal de distrito se negó a frenar una fusión que generaría un duopolio (dos vendedores) en el mercado de “software de avanzada”<sup>38</sup>, y el Departamento de Justicia aceptó el resultado sin apelar. Al mismo tiempo, se opuso a una fusión que generaría un quasi-monopolio en el mercado de bocadillos de sardina<sup>39</sup>. La Comisión Federal de Comercio permitió una fusión que resultaría en un monopolio en el sector de la fabricación de aeronaves comerciales<sup>40</sup>, pero se opuso vigorosamente a un aumento en la concentración del mercado de comida envasada para bebé<sup>41</sup> e impidió una fusión en el mercado minorista de helado de calidad “superpremium”<sup>42</sup>.

Desde principios de la década de 1980, las objeciones a algunas fusiones se acallaron mediante el desprendimiento de parte de los activos. Se permiten las fusiones siempre y cuando se liquiden algunos activos. Estos casos incluyen acuerdos para deshacerse de:

dos panaderías, una fábrica de cerveza, cuatro tiendas de comestibles, una planta cítrera, una fábrica de ataúdes, una línea de bronceadores y ocho hogares de ancianos. A los planificadores de fusiones astutos les llegó a gustar un cierto grado de superposición a modo de seguro antimonopolio, ya que contribuía a lograr paz a cambio de una ofrenda simbólica para obtener una resolución cosmética<sup>43</sup>.

La comunidad antimonopolio se refiere a la revisión de fusiones como “aplicación de la ley sobre fusiones”. Los Informes Anuales elevados al Congreso por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio contienen secciones tituladas “Acciones de aplicación de la ley sobre fusiones”. En la reunión de 2005 de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, el Asistente del Procurador General a cargo de la división antimonopolio del Departamento de Justicia habló de “decidir qué es bueno y qué es malo en la aplicación de la ley sobre fusiones” y declaró creer que “la aplicación de la ley en lo relativo a las fusiones es parte necesaria del antimonopolio”<sup>44</sup>.

La mayoría de las fusiones se permiten. Algunas pocas se impiden. Otras se modifican. Ninguna responde a la aplicación de una ley. La comunidad antimonopolio utiliza el término “aplicación de la ley sobre fusiones” aunque esto diste de la realidad porque le gusta pensar que lo que hace es aplicar la ley. Regular las fusiones no es aplicar la ley. No se aplica ninguna norma verificable. La creencia de la comunidad antimonopolio incluye la idea de que el antimonopolio es una alternativa deseable a la regulación. Los partidarios del antimonopolio no están dispuestos a aceptar que el proceso actual de revisión de fusiones no se ajusta a derecho, sino que se trata de la regulación arbitraria de las fusiones por parte del Estado. La comunidad antimonopolio denomina “aplicación de la ley sobre fusiones” a la revisión de las fusiones, la prohibición de las fusiones, el control de las fusiones y la regulación de las fusiones, a fin de preservar la ficción de que la interferencia del Estado en materia de fusiones equivale a aplicar la ley. Los partidarios del antimonopolio disfrutan pensando que la prohibición impredecible de fusiones equivale a “decidir qué es bueno y qué es malo” y que actúan como jueces para mantener la justicia y la libertad de regulación en la economía.

### **No hay Estado de derecho en lo relativo a las fusiones de empresas**

La legislación y la interpretación que de ellas hace la Corte Suprema establecen el derecho contra las fusiones, pero no hay norma que permita predecir cuándo se aplicará este. Como en el caso de los límites de velocidad en las autopistas, el artículo 7 de la Ley Clayton confiere a las autoridades de vigilancia en materia de fusiones la facultad arbitraria de elegir contra quiénes se aplicará la ley. Una fusión puede tener un tamaño que justifique imponer una penalidad de tramitación y un período de espera

(lo cual conlleva una presunta prohibición por ley), pero dicha fusión puede ser autorizada posteriormente mediante una decisión secreta de funcionarios públicos no identificados, no elegidos y que no rinden cuentas ante nadie. ¿La fusión terminará dentro de ese porcentaje superior al 95% que se pasará por alto o dentro del pequeño grupo que se analizará en mayor detalle? ¿Genera la fusión “preocupaciones antimonopolio”? ¿A quiénes? ¿La revisión de la fusión estará a cargo del Departamento de Justicia o de la Comisión Federal de Comercio? Las fusiones desestabilizan. Ponen en peligro el statu quo. ¿Es probable que la fusión genere descontento? ¿Podría generarle descontento a alguien de peso en el ámbito político? Alguien podría perder el empleo, un cliente importante o una relación satisfactoria de algún tipo. Aquellos que se sientan amenazados podrían elevar un reclamo ante un político o, directamente, ante las autoridades antimonopolio.

El ritual ceremonial de la revisión de fusiones consume gran parte del presupuesto antimonopolio. (Según un comunicado de prensa de la Comisión Federal de Comercio fechado en octubre de 2000, “la aplicación de la ley sobre fusiones representó más del 70% de los recursos [antimonopolio] de la Comisión”<sup>45</sup>.) Rara vez son necesarios los procedimientos formales que podrían socavar las doctrinas de la Corte de Warren. El ritual comienza con dos empresas importantes que proponen fusionarse y realizan el trámite de notificación. Se expresan “preocupaciones antimonopolio”. Los funcionarios públicos exigen más información. Obligadas a esperar, las partes pueden cancelar el proyecto de fusión. Se organizan audiencias privadas con funcionarios del Poder Ejecutivo, legisladores, funcionarios públicos locales, grupos de consumidores, clientes, proveedores y competidores, algunos a favor y otros en contra. Las *Guidelines* proporcionan el vocabulario para plantear las objeciones: se recitan frases como “poder de mercado”, “reducción de la competencia”, “aumento de la concentración”. En ocasiones, los abogados del Estado negocian una solución política: se hacen sacrificios y ofrendas, como la promesa de liquidar una panadería, una destilería o una fábrica de ataúdes. Ya sea que la fusión se autorice o no, las preocupaciones antimonopolio están bajo control. La legislación y las interpretaciones de la Corte de Warren siguen indemnes. Se aplaca el temor a la consolidación de empresas. Se celebra el antimonopolio. La creencia antimonopolio sigue en pie.

## 7. Las “operaciones atadas” y las “ventas exclusivas”

Las ofertas combinadas se denominan “operaciones atadas”, y la selección de clientes recibe el nombre de “venta exclusiva”: estos términos suenan funestos y sugieren la posesión y el ejercicio de poder por parte del vendedor. El derecho relativo a la monopolización es metódico pero inútil. En la realidad, la doctrina no tiene conexión con el mundo real. No hay forma de distinguir el monopolio ilegal de la competencia legítima. La legislación antimonopolio en materia de fusiones ha sido interpretada de tal manera que todas las fusiones están prohibidas, pero, al igual que sucede con los límites de velocidad en las autopistas, no se puede prever cuándo se aplicará la ley. Un ex presidente de la Comisión Federal de Comercio ha dicho que la reglamentación sobre fusiones está construida sobre “arenas movedizas”. “Carece de cimiento firme” debido “al fundamento empírico incierto que poseen las teorías actuales para atacar las fusiones”<sup>1</sup>.

El derecho que versa acerca de lo que la comunidad antimonopolio denomina “operaciones atadas” no es mejor. Los profesores Daniel Gifford y Leo Raskind se refieren a dichas operaciones como “una cuestión antimonopólica problemática”<sup>2</sup>. Se reconoce que la doctrina relativa a las operaciones atadas se encuentra “en un estado de cierta incertidumbre”<sup>3</sup>. No hay consenso acerca de qué es esta práctica, de cuándo es ilegal o de por qué debería serlo. Los profesores Eleanor Fox y Lawrence Sullivan señalan que “la evolución del tratamiento de las operaciones atadas por parte de la Corte Suprema proporciona un microcosmos de las actuales actitudes divergentes y cambiantes con respecto al antimonopolio”<sup>4</sup>.

Se dice que “existe una operación atada cuando el fabricante de un producto que se desea comprar lo vende únicamente a quienes también adquieren un segundo producto”<sup>5</sup>. Cuando los compradores aceptan todos los requisitos del vendedor en relación con un solo producto con independencia de todos los demás, esto se denomina contrato de “venta exclusiva”<sup>6</sup>.

El prejuicio contra las operaciones atadas y las ventas exclusivas se comprende mejor como un rechazo a algo que se percibe como malo. Los profesores Phillip Areeda y Louis Kaplow imaginan que en las operaciones atadas existe un elemento de coerción. El vendedor ejerce coerción sobre los compradores, ya que los obliga a comprar. Según la opinión de Areeda y Kaplow:

Aunque un acuerdo de operación atada es una clase específica de venta exclusiva, este último término generalmente se refiere a acuerdos que implican ventas exclusivas no atadas. En todos los casos, ambos invocan el artículo 3 de la Ley Clayton y su preocupación con respecto a la *coerción* ejercida sobre los compradores y a las *obstaculización* de las oportunidades del rival<sup>7</sup>.

Adviértase la personificación de lo inanimado. Se afirma que las palabras escritas tienen una “preocupación”. La ley Clayton es tan solo palabra escrita. ¿Cómo es que las palabras pueden preocuparse? ¿Son los profesores quienes tienen esta inquietud? ¿Somos nosotros quienes deberíamos tener temores? ¿Por qué? La Ley Clayton no menciona nada acerca de “coerción” ni “obstaculización”.

Los seguidores del antimonopolio tienen diversas reservas, una de las cuales se relaciona con las operaciones atadas. Los seguidores del antimonopolio están preocupados por la coerción ejercida sobre los compradores y por la restricción que recae sobre los vendedores. Creen que, tal como escribió el magistrado John Paul Stevens, un vendedor que “controla” un producto puede “obligar” a un comprador a adquirir un segundo producto y así impedirle a otro vendedor que venda ese segundo producto .

La jurisprudencia relativa a las operaciones atadas se resume de la siguiente manera:

El análisis judicial de los acuerdos que imponen operaciones atadas ha atravesado importantes ajustes durante los últimos veinte años. [...] Aunque la Corte Suprema continúa clasificando algunos acuerdos de operaciones atadas como infracciones per se, la prueba que utilizan los tribunales para determinar si la regla per se debe aplicarse a un acuerdo determinado se asemeja cada vez más a un examen en virtud de la regla de la razón, dado que, al decidir qué prueba aplicar, los jueces han demostrado su predisposición a considerar las justificaciones que dan las empresas para llevar a cabo las operaciones atadas y, en ocasiones, han analizado el efecto económico del acuerdo. [...] Los casos de operaciones atadas revelan enfoques contradictorios a la hora de definir y aplicar los elementos de una infracción per se, pero es posible identificar diversos elementos comúnmente aceptados del delito<sup>9</sup>.

En el lenguaje del antimonopolio, “per se” significa “en sí mismo”, sin una indagación conforme a la “regla de la razón”, en la cual todo es relevante y nada es determinante.

Se dice que los elementos de una operación atada son: 1) dos productos distintos, 2) la venta de un producto condicionada a la compra de otro producto, 3) el hecho de que “el vendedor tenga suficiente poder económico en el mercado del producto vinculante que le permite restringir el comercio en el mercado del producto atado”, y 4) el hecho de que “se vea afectada una porción considerable del comercio interestatal del producto atado”<sup>10</sup>. Según los profesores E. Thomas Sullivan y Herbert Hovenkamp, “aún no se ha creado una definición general de ‘producto’ a los fines del derecho que rige los acuerdos de operaciones atadas”<sup>11</sup>. Bork explicó la práctica de las operaciones atadas en los siguientes términos:

Toda persona que vende algo impone una operación atada. Esto es así porque cada producto o servicio se puede desglosar en elementos más pequeños susceptibles de ser vendidos por separado, y porque cada vendedor en algún punto se rehúsa a seguir particionando el producto en más elementos o, lo que sería lo mismo, cobra un precio proporcionalmente mayor por la unidad más pequeña. El concesionario de automóviles que se niega a vender el chasis solo o el dueño de una tienda de alimentos que no acepta dividir una lata de peras está imponiendo una operación atada. [...] No hay forma de establecer el alcance “inherente” de un producto. El magistrado que intenta establecerlo decide según las dimensiones del producto que le parecen naturales porque está acostumbrado a ellas, o bien decide de manera explícita sobre la base de la eficiencia. [...] Las economías de escala determinan la definición del producto<sup>12</sup>.

### **“Operaciones atadas” y “ventas exclusivas”: Términos utilizados para regular contratos con el propósito de prevenir el mal**

Ni “operaciones atadas” ni “ventas exclusivas” son términos que se encuentren en la legislación antimonopolio. Los seguidores del antimonopolio han inventado estos supuestos males.

La práctica de las operaciones atadas ha sido condenada como una infracción al artículo 1 de la Ley Sherman (como un contrato entre comprador y vendedor que restringe el comercio de manera irrazonable), así como también una ofensa al artículo 3 de la Ley Clayton. Según afirman Andrew Gavil, William Kovacic y Jonathan Baker: “El artículo 3 [...] incluye una prohibición *específica* de las operaciones atadas”<sup>13</sup>. Esa afirmación se realiza con frecuencia, pero no es del todo correcta. El artículo 3 prohíbe las ventas “sujetas a la condición [...] de que el [...] comprador [...] no utilice ni comercie las

mercaderías [...] de un competidor [...] del [...] vendedor cuando el efecto [...] puede ser una reducción sustancial de la competencia o la tendencia a la creación de un monopolio". Las prohibiciones de la Ley Clayton son más específicas que las de la Ley Sherman, pero la primera no incluye ninguna prohibición específica de las operaciones atadas. Tal expresión no figura en ninguna de las dos leyes.

Fox y Sullivan describen el origen del artículo 3 de la Ley Clayton de la siguiente manera:

A principios de la década de 1900, los vendedores poderosos y de gran envergadura a menudo requerían que sus clientes operaran con ellos de manera exclusiva, con lo cual coartaban las oportunidades de venta de sus rivales y limitaban la libertad de los clientes de elegir otras fuentes de suministro. Tales condiciones eran percibidas en general como opresivas<sup>14</sup>.

De acuerdo con el relato bíblico de los inicios del antimonopolio, algunos vendedores no solo eran de gran envergadura sino también "poderosos". Tenían el poder de ejercer "coerción", lo cual, según Areeda y Kaplow, "preocupaba" a la Ley Clayton. En aquellos días, los vendedores poderosos no solo elegían a sus clientes. También ejercían coerción y opresión sobre ellos. Los obligaban a comprarles únicamente a ellos y a nadie más. No se ve claramente cómo hicieron estos vendedores de gran tamaño para mantener esa condición adoptando tal comportamiento, en vista de que no es posible obligar a los clientes a comprar sino que estos son libres de comprar o abstenerse de comprar a quien deseen, incluso a vendedores que quizás no intenten imponer tales condiciones. No obstante, Fox y Sullivan afirman que los vendedores poderosos ejercían opresión "con frecuencia" a principios de la década de 1900.

Los seguidores del antimonopolio consideraron que esta práctica era doblemente perniciosa. Privaba a los clientes de la libertad de comprar a otros e impedía que los rivales del vendedor concretaran ventas. Así, se consideró propicia la intervención política. El congresista Henry D. Clayton presentó un proyecto de ley para declarar ilegales todas las ventas que prohibieran al comprador utilizar mercaderías de un competidor del vendedor. El proyecto no fue aprobado. La ley promulgada no se aplica a todas las ventas sujetas a esa condición, sino únicamente a aquellas en las cuales el "efecto [...] puede ser una reducción sustancial de la competencia o la tendencia a crear un monopolio en cualquier rama del comercio".

La comunidad antimonopolio ha tenido dificultades para establecer de qué manera las operaciones atadas pueden reducir la competencia o tender a crear un monopolio. Los primeros casos estuvieron relacionados con patentes. En 1917, la Corte Suprema declaró ilegal la licencia de un equipo patentado de proyección de películas que limitaba el uso del equipo a la proyección de las películas del licenciatario. Cuando se utilizaba dicho equipo para proyectar películas que no pertenecían al licenciatario, este presentaba una demanda por infracción de patente. El demandado argumentó que la condición restrictiva no era válida, y la Corte dictaminó a su favor. La Corte manifestó que "una restricción que otorgue al querellante ese potencial *poder para dañar* [...] sería gravemente perjudicial para el interés público, al cual, según hemos visto, la ley otorga prevalencia por sobre la promoción de fortunas privadas"<sup>15</sup>.

En 1947, la Corte juzgó ilegal un arrendamiento de equipos patentados que inyectaban sal en productos enlatados con la condición de que los arrendatarios compraran al arrendador la sal que utilizarían en esos equipos. La Corte manifestó que "la tendencia del acuerdo a establecer un monopolio resulta obvia"<sup>16</sup>.

Estos casos inspiraron explicaciones tales como la siguiente, expresada por Earl Kintner, ex presidente de la Comisión Federal de Comercio:

Naturalmente, todos los fabricantes desean maximizar las ventas de sus productos, y todo recurso para alcanzar este fin se adopta sin reparos. A principios del siglo XX se desarrollaron diversas técnicas para lograr tal propósito. Una de ellas, la venta con cláusula atada, utilizó el poder de mercado de un producto para aumentar el de otro. Por ejemplo, un fabricante de sal podría desarrollar una máquina para procesar sal que fuera más conveniente que cualquier otra equiparable. Si la máquina se vendiera o arrendara con la condición de que el usuario compre toda la sal al fabricante, entonces estaríamos frente a una venta que incluye una operación atada. La fuerza de mercado del producto atado, la sal del fabricante, alcanzaría, por consiguiente, la misma fuerza de mercado que el producto vinculante, la máquina procesadora de sal. [...] Los competidores del fabricante se verían privados de clientes, pero no por el mérito competitivo de su producto, sino simplemente debido a su incapacidad de proporcionar al cliente el incentivo específico que ofrece el fabricante infractor. En la situación correspondiente a la máquina procesadora de sal, esta incapacidad podría derivar en el establecimiento de un monopolio virtual por parte del fabricante que impone una operación atada<sup>17</sup>.

Bork ha cuestionado este fundamento para la prohibición de las operaciones atadas de la siguiente manera:

¿El surgimiento de *cuál* monopolio se vio favorecido por la operación atada? ¿El de las máquinas? Exigirle al comprador que adquiera sal no induce al desarrollo de un monopolio de las máquinas; más bien tendería a lograr el efecto contrario. ¿El de la sal? Es inconcebible que alguien espere establecer un monopolio, o algo remotamente parecido, con un producto como la sal mediante impedimentos destinados a coartar la fracción de mercado absolutamente insignificante que representa la sal que se procesa en estas máquinas arrendadas<sup>18</sup>.

La afirmación doctrinaria clásica de la naturaleza perniciosa de las operaciones atadas fue reformulada por la Corte Suprema en 1958, en el caso *Northern Pacific*. En él, la Corte consideró ilegales aquellos contratos de compraventa de tierras sujetos a la condición de que el comprador enviara todas las mercaderías producidas en dichas tierras utilizando el ferrocarril del vendedor, con los siguientes comentarios:

En realidad, las operaciones atadas no tienen ninguna otra finalidad que eliminar la competencia. [...] Son inaceptables en sí mismas siempre que una parte dada tenga suficiente poder económico en relación con el producto vinculante para restringir de manera considerable la libre competencia del producto atado en el mercado, y siempre que esto afecte a una parte sustancial del comercio entre estados<sup>19</sup>.

Esta afirmación puede expresarse de la siguiente manera: “Es suficiente que el producto vinculante detenga suficiente poder para dominar el acuerdo, lo que representa decir que una operación atada es ilegal si existe”<sup>20</sup>.

En ocasiones, estas operaciones se han permitido explícitamente. Tal es el caso de la venta atada de televisores y servicios de televisión por cable, que fue aceptada durante el período de desarrollo de una nueva industria<sup>21</sup>. Se respaldó una operación atada que comprendía un silo y un dispositivo de descarga patentados, ante la notable insatisfacción de los clientes cuando adquirían solamente el dispositivo de descarga<sup>22</sup>. Estos casos podrían haberse resuelto con mayor facilidad basándose en la doctrina, al concluir que se vendía un único producto y que no se trataba de operaciones atadas de productos distintos.

Bork sostuvo que “toda la teoría que describe los acuerdos con operaciones atadas como una amenaza para la competencia es completamente irracional”<sup>23</sup> y que “no existe validación alguna para la explicación jurídica de tales acuerdos”<sup>24</sup>. Más recientemente, Robert Levy dejó en claro que “los acuerdos que incluyen operaciones atadas no son predatores ni generan exclusividad [...] son negociaciones entre vendedores y compradores que no conllevan colusión entre competidores”<sup>25</sup>. Levy explica que la venta de dos productos en forma conjunta puede ser un método de competencia, más que un medio para impedirla:

En primer lugar, si los productos vinculantes y atados se relacionan de manera funcional, pueden reducirse los costos a través de economías de producción o distribución conjunta. En segundo lugar, si el producto atado es esencial para la eficiencia operativa del producto vinculante, o si este es sensible a la calidad de aquel, existen innegables ventajas en cuanto al rendimiento al evitar sustitutos inferiores, especialmente cuando al consumidor le resulta difícil determinar si los problemas operativos se deben a insumos de baja calidad<sup>26</sup>.

Levy también ha señalado otros usos legítimos de operaciones atadas que incluyen la protección contra la copia no autorizada de software y la provisión de medios para participar en la discriminación lícita de precios a través de racionamiento, transferencia del riesgo y el agrupamiento óptimo de productos<sup>27</sup>.

Esta idea no termina de convencer a los jueces. En 1984, en el caso *Jefferson Parish*, una Corte Suprema dividida revocó una decisión del tribunal inferior que declaraba ilegal un contrato entre un hospital y un grupo de anestesistas. Aunque el tribunal falló a favor de la parte demandada, su opinión incluyó la siguiente declaración: “En la historia de nuestra jurisprudencia antimonopolio resulta excesivamente tardío cuestionar la proposición de que ciertas operaciones atadas presentan un riesgo inaceptable de sofocar a la competencia y que, por lo tanto, son inaceptables ‘per se’”<sup>28</sup>. La magistrada Sandra Day O’Connor estuvo de acuerdo con este fallo pero confundió aún más la doctrina con un complejo tratado de su autoría acerca de cuándo una operación atada debería considerarse ilegal.

Ni los hechos empíricos, ni la teoría económica lógica, ni el sentido común pueden vencer la intuición de los seguidores del antimonopolio de que existe algo pernicioso en las operaciones atadas y de que, tal como expresó la Corte Suprema, estas implican un “poder para dañar”. Quienes se adhirieron al antimonopolio creen, tal como declaró el magistrado Felix Frankfurter en el caso *Standard Stations*, sin ningún respaldo empírico ni teórico, que “las operaciones atadas no tienen ninguna otra finalidad que eliminar la competencia”<sup>29</sup>. (En ese caso, la Corte declaró ilegales los contratos de venta exclusiva de empresas petroleras con estaciones de servicio minoristas. El magistrado William O. Douglas lamentó la decisión por considerar que “promete hacer desaparecer grandes segmentos de operadores de estaciones de carga independientes”).

Los seguidores del antimonopolio, preocupados por la posible existencia del poder de mercado y su mala utilización, no pueden liberarse de su creencia en el poder de apalancamiento. Al igual que los magistrados Frankfurter y Stevens, ellos sostienen la creencia de que un monopolista puede extraer utilidades monopólicas en un mercado, expandir su poder de mercado a otro y obtener más utilidades monopólicas en este segundo mercado. Creen que un vendedor que posea un monopolio, o poder de mercado, sobre un solo producto puede obligar a los compradores a adquirir ese producto en combinación con otro y, al hacerlo, puede excluir a los competidores del mercado del segundo producto.

Fox y Sullivan señalan que “El caso más conocido e influyente de conducta dirigida a excluir [...] fue una opinión vertida por un talentoso magistrado de tribunal de distrito, Charles Wyzanski<sup>30</sup>. En

ese caso, denominado *United Shoe Machinery*, el magistrado Wyzanski expuso una teoría de exclusión en la cual consideró que United Shoe había monopolizado de manera ilegal una maquinaria para fabricar calzado mediante un método de arrendamiento de máquinas a fabricantes de calzado<sup>31</sup>. La teoría de exclusión automática también había sido utilizada por el magistrado Douglas en el caso *Griffith*, en que el tribunal consideró que la práctica ejercida por una cadena de cines, que consistía en negociar con cada distribuidor un contrato marco para todas las salas, era un monopolio ilegal<sup>32</sup>. En estos casos, la teoría de exclusión presenta dos defectos: “el basarse en una motivación inexistente de comportamiento económico y el depender de la falacia de la doble contabilización”<sup>33</sup>.

Los seguidores del antimonopolio se aferran a la teoría de que la exclusión puede ser el resultado de la vinculación de dos mercados mediante arrendamiento, contrato o fusión, o mediante la venta combinada de productos distintos. La comunidad se opone al concepto de la “utilidad monopólica única”, teoría microeconómica según la cual un monopolista tiene el poder de extraer utilidades monopólicas solo una vez y no puede expandir ese poder a otros productos o lugares, y tampoco mediante la imposición de restricciones a los clientes.

Según la teoría microeconómica generalmente aceptada, la presencia de más de un vendedor significa que el precio está determinado por la oferta y la demanda. Los vendedores compiten bajando los precios hasta que estos igualan al costo marginal de producción. Los recursos se asignan de manera eficiente y el consumidor se beneficia de ello. Sin embargo, cuando hay un solo vendedor, o monopolista, este puede controlar la producción y el precio. No se lo puede obligar a vender. El monopolista puede producir menos, fijar el precio por encima del costo marginal y obtener utilidades monopólicas. Él se beneficia pero el consumidor no, y la asignación de recursos es menos eficiente.

Sin el respaldo del Estado, los monopolios pueden existir solo en forma transitoria, pero durante su existencia pueden obtener utilidades monopólicas. Si el monopolista vende el producto, la utilidad monopólica se obtiene a través del precio. El monopolista puede hacer esto una sola vez. No puede vender por segunda vez algo que ya fue vendido. Si arrienda el producto, puede percibir la utilidad monopólica en concepto de renta o de alguna otra disposición del arrendamiento, pero no puede establecer la renta en un nivel tal que extraiga la utilidad monopólica y luego obtenga cierta utilidad adicional a través de una condición del arrendamiento dirigida a excluir a la competencia. Es igual ya sea que el monopolista venda al por menor o a un minorista. En cualquier caso, es una sola la utilidad monopólica a obtener. De manera análoga, si el monopolista vende el producto respecto del cual tiene un monopolio en combinación con otro producto para el cual el mercado fijó un precio, aun así puede percibir la utilidad monopólica sobre el producto vinculante una sola vez. La utilidad monopólica puede obtenerse mediante el precio de la combinación. El vendedor no puede percibir utilidades monopólicas sobre el producto vinculante y luego nuevamente sobre el producto atado.

Considérese este ejemplo que figura en el libro de Levy<sup>34</sup>: El Sr. *P* tiene un producto monopólico para el cual fija un precio de US\$1.000. En un intento de expandir su poder de mercado, *P* le exige a su cliente, el Sr. *C*, que adquiera un producto atado sin valor alguno por otros US\$100. Supóngase además que el producto atado representa ganancia pura para *P* (es decir, su costo es cero) y pérdida pura para *C* (es decir, el producto tiene un valor igual a cero para su uso o reventa). A primera vista, parecería que *P* ha transformado un único monopolio en dos. Adviértase, sin embargo, que el precio del paquete de los dos productos sería el mismo si *P* fijara el precio del producto vinculante al valor máximo de US\$1.100 o fijara un precio por separado para cada producto. En cualquier caso, *C* tiene dos opciones. Puede aceptar la oferta, lo que indica que considera que el producto vinculante vale US\$1.100 o más, o puede rechazar la oferta, lo que significa que considera que el producto vinculante

vale menos de US\$1.100. Estas dos opciones son idénticas, haya o no una operación atada. El monopolio de *P* reside únicamente en el producto vinculante.

La teoría de la utilidad monopólica sobre un solo producto se ha ganado cierta aceptación desde la publicación del libro de Bork, pero aún carece de reconocimiento de la Corte Suprema y de la comunidad antimonopolio en general. La aceptación de la teoría pondría en peligro gran parte del antimonopolio, no solo en lo relativo a las ventas exclusivas y las operaciones atadas, sino también respecto a los intentos de establecer monopolios y a las llamadas restricciones verticales (restricciones impuestas a los compradores por parte de los proveedores con respecto a dónde, a quién y a qué precio revender). La creencia en el carácter pernicioso de las operaciones atadas es un elemento importante de la religión antimonopolio.

La perdurabilidad de la creencia en la teoría de la exclusión encuentra cierto respaldo en la creativa afirmación de los profesores Thomas Krattenmaker y Steven Salop de que “en circunstancias cuidadosamente definidas, ciertas empresas pueden obtener poder monopólico mediante la celebración de acuerdos con sus proveedores que colocan a la competencia en una posición de desventaja con respecto a los costos”<sup>35</sup>. Supuestamente, la práctica de las operaciones atadas puede perjudicar la competencia porque “en circunstancias cuidadosamente definidas” la exclusión que deriva de dicha práctica puede aumentar los costos de los rivales, lo que dificulta que estos puedan competir, o algo así. La teoría de “aumentar los costos de los rivales”, que se explica con la ayuda de gráficos y que no resulta fácil de resumir ni de comprender, es, por sus propios términos, de aplicación limitada. Al igual que la teoría del poder de mercado, se trata de una teoría económica abstracta, una condición hipotética que podría existir en algún lugar y en algún momento, dada una serie de circunstancias que no necesariamente describirían algo que sucede en el mundo real. No obstante, se dice que la teoría ha sido “muy influyente en los organismos federales de defensa de la competencia, en especial durante el gobierno de Clinton”<sup>36</sup>.

### **¿La prohibición de las operaciones atadas convierte en ilegales todas las ventas a crédito?**

La aplicación de una prohibición establecida en una ley contra las operaciones atadas trajo como consecuencia la declaración de la Corte Suprema, en el caso *Fortner*, de que las ventas a crédito pueden ser ilegales. Atacar las prácticas perniciosas a través de las “vías ceremoniales” del cumplimiento de la ley, a las cuales se refirió el ex asistente del procurador general Arnold, puede producir resultados peculiares.

En el caso *Schwinn*, la Corte Suprema declaró ilícita una práctica de distribución muy utilizada durante años por la mayoría de los franquiciantes. Los contratos entre compradores y vendedores establecían que los compradores revenderían solo dentro de un territorio específico o a clientes designados<sup>37</sup>. A instancias del Departamento de Justicia, la Corte declaró que *todo* acuerdo entre vendedor y comprador que restringiera la libertad del comprador con respecto a dónde y a quién revender era una infracción per se de la Ley Sherman. Esta novedosa interpretación, en 1967, de una ley escrita sancionada en 1890 hizo que contratos de larga data ampliamente utilizados quedaran sujetos a procesos penales por tratarse de delitos graves.

No se iniciaron tales procesos penales pero, diez años más tarde, la Corte Suprema revocó el fallo, lo que constituyó la única revocación explícita de una doctrina previa en la historia del antimonopolio<sup>38</sup>. Tras la revocación, un destacado miembro de la comunidad antimonopolio, preocupado por la fuerza de la observancia del antimonopolio, instó a que se hiciera una cuidadosa distinción entre las restricciones verticales relacionadas con los precios y aquellas no relacionadas con ellos, a fin de evitar

que la revocación permitiera que la oscilación “del péndulo” llegara “demasiado lejos”<sup>39</sup>. La oscilación del péndulo es una analogía desafortunada para lo que se supone que son normas jurídicas, pero apropiada para el antimonopolio.

Un caso que no fue revocado es un ejemplo del perjuicio que pueden provocar los intentos de combatir el supuesto mal que generan las operaciones atadas. En el caso Fortner, el péndulo de las operaciones atadas osciló en una dirección extraña cuando la Corte Suprema llegó casi a declarar ilegales las ventas a crédito. Fortner, un promotor inmobiliario, financió la compra de terrenos y la construcción de viviendas prefabricadas mediante un préstamo otorgado por U.S. Steel Credit Corp., subsidiaria de U.S. Steel Corp. Como condición del préstamo, Fortner se comprometió a construir viviendas fabricadas por U.S. Steel en los terrenos adquiridos con los fondos de dicho préstamo. U.S. Steel Credit Corp. financió el 100%, algo que nadie más ofrecía. Luego de aceptar el acuerdo de préstamo, surgió un conflicto en relación con el precio y la calidad de las viviendas. Fortner demandó a U.S. Steel y a la sociedad crediticia alegando infracciones a los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman, y solicitó una indemnización por daños triplicados en concepto de lucro cesante y una orden judicial que obligara al cumplimiento de la supuesta disposición de cláusula atada. Un tribunal de distrito resolvió en forma sumaria a favor de la parte demandada, sosteniendo que Fortner no había logrado probar que esta contaba con suficiente poder económico sobre el producto vinculante, es decir el crédito, y la restricción de una parte sustancial del comercio con respecto al producto atado: las viviendas prefabricadas<sup>40</sup>. Esto fue confirmado por un tribunal de apelaciones<sup>41</sup>.

La Corte Suprema lo revocó<sup>42</sup>. Decidió que la “venta” de crédito por parte de U.S. Steel Credit Corp. podía escindirse de la venta de viviendas por parte de U.S. Steel. Un magistrado en desacuerdo consideró el caso simplemente como “la venta de un único producto con el otorgamiento incidental de financiamiento. Otro escribió: “La lógica de la opinión mayoritaria [...] arroja serias dudas con respecto al financiamiento otorgado por vendedores”.

La Corte envió el caso nuevamente al tribunal de distrito. El juicio prosiguió durante otros 10 años. El tribunal de distrito declaró ilegal la operación atada porque el crédito ofrecido era único en el sentido de que cubría todos los costos del comprador a una tasa de interés baja. Un tribunal de apelaciones estuvo de acuerdo. Cuando el caso llegó a la Corte Suprema por segunda vez, esta consideró que no había pruebas suficientes de que el crédito ofrecido por U.S. Steel Credit Corp. fuera único en su género y, por lo tanto, no existía operación atada ilegal<sup>43</sup>. Las doctrinas antimonopolio sobre operaciones atadas habían posibilitado una prolongada, costosa e infructuosa búsqueda del villano. Los demandados finalmente quedaron libres, pero las doctrinas siguen en pie.

### **Fracasan las iniciativas del Estado para escindir a Microsoft: La ley sobre operaciones atadas provoca mayor confusión**

El Estado escindió Standard Oil. Theodore Roosevelt llegó a la conclusión que “no se obtuvo ni la mínima ventaja”<sup>44</sup>. Arnold coincidió y afirmó que la política de Roosevelt para eliminar los monopolios “nunca logró nada”<sup>45</sup>. Pero la leyenda de las prácticas perniciosas ya estaba creada. El más reciente intento de alto perfil para particionar a un competidor exitoso, Microsoft, también fracasó, y terminó con la aceptación de un régimen regulatorio de requisitos de licencia y políticas de producto orientado a proteger a los competidores contra las prácticas de Microsoft que se consideraban injustas.

La práctica de las operaciones atadas “en ocasiones adquiere la forma de una acusación de monopolización”<sup>46</sup>. Durante el intento de dividir a Microsoft, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia rechazó una iniciativa del gobierno de declarar la inclusión del navegador de Internet de

Microsoft en el sistema operativo como una operación atada ilegal per se; en cambio, el tribunal envió el caso nuevamente al tribunal de distrito para obtener pruebas adicionales. El tribunal de apelaciones incluyó un ensayo de 22 páginas acerca de la práctica de las operaciones atadas en una opinión per curiam, es decir, avalada por todos los jueces del tribunal pero no escrita por ninguno en particular<sup>47</sup>. A partir de allí, el gobierno desistió de la demanda con respecto a esta práctica<sup>48</sup>.

La comunidad antimonopolio se ve en un aprieto ante la imposibilidad de distinguir entre el comportamiento competitivo de una empresa y las tentativas ilícitas de crear un monopolio. La Antitrust Modernization Commission (Comisión de modernización antimonopolio) está analizando este problema. Sin embargo, la comunidad antimonopolio no ve la necesidad de modernizar las doctrinas actuales acerca de las operaciones atadas. Al igual que la sugerencia de estudiar si existe una base empírica para creer que la actividad antimonopolio genera un beneficio neto para los consumidores, las operaciones atadas no figuran en la agenda de la Antitrust Modernization Commission.

¿Por qué las doctrinas antimonopolio sobre operaciones atadas perduran cuando es tan fácil de demostrar su falta de validez? Los tribunales, los profesores de derecho y los abogados en ejercicio deben suponer que la legislación sancionada por el Congreso tiene cierto contenido útil que puede descubrirse, aun cuando ellos mismos no lo hagan. Los jueces de los tribunales inferiores y los abogados deben considerar como dados y tratar con seriedad los fallos y las declaraciones de la Corte Suprema. Y, desde luego, la doctrina de las operaciones atadas no conlleva amenaza alguna para el bienestar de la comunidad antimonopolio. La prohibición de estas operaciones puede resultar un instrumento útil para que el gobierno y los demandantes privados protejan a los perdedores contra aquellos competidores inaceptablemente exitosos, de quienes se piensa que ganan demasiado dinero y actúan de manera desleal. Las doctrinas acerca de las ventas exclusivas y las operaciones atadas cuadran perfectamente con los demás elementos de la creencia en el antimonopolio.

## 8. La fijación de precios

Los tribunales han interpretado que las leyes que prohíben los contratos que limitan el comercio justifican una condena penal por fijación de precios, sin pruebas que determinen que se ha fijado un precio o que alguien se vio perjudicado. El antimonopolio ya no es lo que era. La aplicación del artículo 2 de la Ley Clayton, que prohíbe algunas formas de discriminación de precios, fue abandonada. La mayoría de las fusiones reducen sustancialmente la competencia y, por lo tanto, violan el artículo 7 de la Ley Clayton, pero solo algunas son objetadas. El caso antimonopolio contra IBM resultó un fiasco y le infligió a la cláusula contra la monopolización del artículo 2 de la Ley Clayton un golpe que el caso Microsoft no logró sanar. Presionados para defender la irrelevancia, la falta de coherencia y la irracionalidad, los seguidores del antimonopolio responden: “¿Y la fijación de precios?”. Los defensores de esta creencia se aferran al concepto que caracteriza a quien fija precios como un villano que debería someterse a juicio bajo todo el peso de la ley.

La comunidad antimonopolio utiliza el término “conspiraciones de fijación de precios” para referirse a los acuerdos que afectan los precios. A menudo, un jurado de acusación investiga esos acuerdos cuando se preparan procesos penales orientados a la imposición de multas y penas de prisión. La “aplicación de las leyes contra carteles delictivos” es la “principal prioridad” de los fiscales federales<sup>1</sup>. Sin embargo, los acuerdos de fijación de precios pueden pensarse como fusiones parciales y transitorias, en las que las partes conservan su independencia y cierto grado de competencia entre sí. En el libro *Regulating Big Business: Antitrust in Great Britain and America 1880-1990*, Tony Freyer llegó a la conclusión que “en Estados Unidos, el uso del antimonopolio para declarar ilegales los carteles canalizó las decisiones de inversión hacia fusiones que amenazaban con una mayor centralización de la gestión empresarial”<sup>2</sup>. En otras palabras, el firme enjuiciamiento de la fijación de precios tendió a aumentar la concentración.

La prohibición per se de la fijación de precios es producto de la “evolución”<sup>3</sup>. El delito, al igual que el de las operaciones atadas, se definió a partir de una ideología, y no a partir de una resolución del Congreso. Según el artículo 1 de la Ley Sherman, todo contrato que restrinja el comercio es un delito grave. Como todo contrato restringe el comercio en alguna medida, si dicha prohibición se hubiese tomado en serio el comercio se habría detenido por completo. Los profesores Eleanor Fox y Lawrence Sullivan señalaron que el Congreso aprobó la Ley Sherman “a pesar de las dudas acerca de qué significaba o lograría precisamente la ley”<sup>4</sup>. A fin de darle un poco de sentido, la Corte Suprema reescribió la ley para que de hecho rezara “todo contrato que restrinja el comercio de manera *inaceptable*”, con lo cual se dejaba al arbitrio de los jueces determinar qué contratos son inaceptables<sup>5</sup>. La Corte declaró posteriormente que cualquier contrato que afecte los precios es inherentemente inaceptable, más allá de cuál sea el precio acordado<sup>6</sup> y aunque el acuerdo se celebre para mantener bajos los precios<sup>7</sup>.

El delito es el acuerdo. Los acuerdos no necesitan demostrarse con pruebas directas, sino que pueden inferirse a partir de circunstancias que sugieren un acuerdo, aunque no haya habido ninguno. Una de las pocas reglas indiscutidas del derecho antimonopólico es esta sencilla advertencia: no hay que hablar de precios con la competencia. Cualquier comunicación entre competidores sobre los precios es peligrosa. Si se duda de la posibilidad de sobrevivir sin cooperación en materia de precios, quizás sea mejor contemplar la posibilidad de fusionarse.

La ley que reglamenta la fijación de precios no está planteada en términos tan claros. La Ley Sherman, originalmente promulgada para proteger al público de los malvados trust, se ha convertido en

un arma para atacar a los pintores de señalizaciones<sup>8</sup> y a los productores de cemento<sup>9</sup>. En 1927, la Corte Suprema confirmó una condena penal contra fabricantes de tuberías que se unieron “para fijar precios”<sup>10</sup>. Sin embargo, durante la depresión posterior, la Corte se rehusó a prohibir un ente de ventas conjunto, aunque el acuerdo subyacente le confería “al ente de ventas un poder sustancial para afectar y controlar el precio del carbón bituminoso”<sup>11</sup>.

En 1940, la Corte confirmó una condena penal a empresas petroleras, con la siguiente declaración:

Según la Ley Sherman, una combinación formada con el propósito y el efecto de aumentar, bajar, fijar, vincular o estabilizar el precio de un producto en el comercio entre estados o entre países es ilegal per se<sup>12</sup>.

Sin embargo, en 1979 la Corte autorizó un acuerdo entre titulares de derechos de autor que fijaba la tarifa de una “licencia genérica”<sup>13</sup>. “Independientemente del acuerdo literal respecto del precio, la Corte concluyó que el análisis per se no era adecuado porque el acuerdo era indispensable para asegurar la disponibilidad de un nuevo producto (la licencia genérica)”<sup>14</sup>.

En *Antitrust Law Developments* (5a edición), se plantea que “la fijación de precios ‘pura’” se trata como “algo ilegal per se, prácticamente sin análisis de los hechos”<sup>15</sup>. Los editores de esa publicación sostienen que la Corte Suprema “explicó” que “el propósito y resultado de cada acuerdo de fijación de precios, de ser efectivo, es la eliminación de la competencia”<sup>16</sup>. Esquivan hábilmente la cuestión de la efectividad del acuerdo “explicando” que tales acuerdos

bien pueden considerarse restricciones inherentemente inaceptables o ilícitas, sin necesidad de hacer un análisis minucioso para determinar si el precio fijado es razonable o inaceptable y sin imponerle al Estado [...] la carga de decidir día tras día si el precio se volvió inaceptable en función de la mera evolución de las condiciones económicas<sup>17</sup>.

El hecho de que una fusión pudiera generar eficiencia solía verse como un motivo para condenar dicha fusión. En el caso de Procter & Gamble, el magistrado William O. Douglas declaró que “las posibles mejoras económicas no pueden utilizarse como argumentos para defender la ilegalidad” en los casos relacionados con fusiones<sup>18</sup>. La comunidad antimonopolio ha desestimado el parecer del magistrado Douglas y hoy en día acepta defensas fundamentadas en la eficiencia. En una revisión de las *Horizontal Merger Guidelines* publicada en 1997 se agregó un apartado al respecto. El artículo 4 plantea que “la eficiencia generada mediante una fusión puede aumentar la capacidad y el incentivo de la empresa fusionada para competir, lo que puede generar reducciones en los precios, mejoras de calidad, mejoras en el servicio o nuevos productos”<sup>19</sup>. En 2006, al anunciar la autorización de la adquisición de Bell South por parte de AT&T, el Asistente del Procurador General de la división antimonopolio dijo que una de las razones para permitir la fusión era que “probablemente generaría ahorro de costos y otros tipos de eficiencia”<sup>20</sup>.

El antimonopolio es flexible: permite revocar la doctrina sin modificar la legislación y aun desconociendo dicha revocación. Un miembro destacado de la comunidad antimonopolio indicó que el período durante el cual la eficiencia pasó de ser algo negativo a ser algo positivo fue un período de “estabilidad esencial de la política en materia de fusiones” y de sus “principios básicos”<sup>21</sup>.

Si la eficiencia puede justificar una fusión que supuestamente elimina la competencia, ¿por qué no puede justificar la cooperación en materia de precios, que solo constituye una fusión parcial? “Emergen tensiones” en el derecho de fijación de precios<sup>22</sup>, y a partir de esas tensiones podría evolucionar una defensa basada en la eficiencia. Para que ocurra esto, sería preciso superar el poderoso vínculo

emocional que tiene la comunidad antimonopolio con la idea de que la fijación de precios es una forma de robo. Según el Asistente del Procurador General de la división antimonopolio, “este tipo de conducta priva a los consumidores del derecho de acceder a precios competitivos”<sup>23</sup>. Al igual que la creencia en la leyenda de Standard Oil y el temor a la concentración de empresas, la antipatía respecto de los acuerdos que afectan los precios es profunda y generalizada.

En una oportunidad, el magistrado Hugo Black brindó una entretenida explicación respecto de por qué desaprobaba la fijación de precios. Declaró que los acuerdos para fijar precios “dañan la libertad de los comerciantes y, por consiguiente, limitan su capacidad de vender según su propio criterio”<sup>24</sup>. Por supuesto, cualquier comerciante que firmara voluntariamente un acuerdo de ese tipo habría estado ejerciendo su libertad y su capacidad de vender según su propio criterio. El magistrado Black no debe haber pensado en esa paradoja.

La Corte Suprema, durante el mandato del presidente Earl Warren, adoptó una actitud protectora respecto de las pequeñas empresas, actitud que a menudo generó planteos muy llamativos. Por ejemplo, en el caso *Schwinn*, el magistrado Abe Fortas, preocupado por lo que denominó “empresas más pequeñas”, condenó los acuerdos entre compradores y vendedores que definían territorios de reventa. Sostuvo que, de permitir dichos acuerdos, “se violaría la antigua norma que prohíbe las restricciones a la disponibilidad de propiedad”<sup>25</sup>. Aparentemente, el magistrado Fortas creyó que podía aplicar la norma contra las restricciones a la disponibilidad de propiedad imponiendo su propio tipo de restricción a esta disponibilidad.

### **Algunos acuerdos sobre los precios pueden generar eficiencia, otros no**

La fijación de precios es un delito aunque no se fije ningún precio. Los jueces pueden inferir acuerdos e imponer multas o penas de prisión sin necesidad de detenerse a pensar si 1) el acuerdo fue efectivo y si 2) alguien resultó perjudicado.

Los especialistas no encontraron demasiada evidencia de que los juicios relacionados con la fijación de precios afecten el bienestar de los consumidores. En 1988, Howard Marvel, Jeffrey Netter y Anthony Robinson concluyeron que había una “ausencia de colusión efectiva en muchos de los casos penales”<sup>26</sup>. En 1993, Michael Sproul dijo que era “prácticamente indudable que, en la gran mayoría de los casos, los juicios antimonopolio no generan bajas en los precios. En general, un procesamiento por fijación de precios provoca un ligero aumento en los precios”<sup>27</sup>. En 2003, Robert Crandall y Clifford Winston manifestaron: “Sin duda, hay ejemplos muy conocidos de empresas que evidentemente recurrieron a la colusión para aumentar los precios, entre ellos algunos casos recientes relacionados con la venta de lisina, ácido cítrico y vitaminas. Sin embargo, los investigadores no lograron demostrar que la acusación por parte del Estado de presunta colusión haya generado en forma sistemática caídas permanentes de los precios al consumidor”<sup>28</sup>.

Es imposible hacer cumplir un contrato que fije precios y es poco probable que dure. Según Robert Levy, “La experiencia nos enseña que los carteles no perduran: una vez que los precios superan los niveles de mercado, la tentación de romper el acuerdo se hace prácticamente irresistible”<sup>29</sup>.

El profesor Richard Epstein escribió: “Si los comparamos con los riesgos que conlleva la acción del Estado, los peligros de los carteles privados parecen leves, aunque solo sea por la inherente tendencia de los distintos miembros a obtener beneficios traicionando al cartel para lograr una ventaja para sí mismos a corto plazo”<sup>30</sup>. Si un precio se fija por debajo del precio de mercado, el mercado alcanza el equilibrio y el público se beneficia. Si un precio se fija al mismo nivel que el precio de mercado, el acuerdo no tiene efecto alguno. Si se fija por encima del precio de mercado, todos los vendedores

tienen un incentivo para reducir subrepticiamente el precio fijado, a fin de lograr mayores ganancias. En última instancia, lo más probable es que el cartel colapse.

No se han encontrado pruebas que demuestren que los acuerdos referidos a los precios representen necesariamente un grado de perjuicio para el bienestar de los consumidores al punto que justifique el costo de la acción del Estado contra dichos acuerdos. Quizás en algunos casos se justifica y, en otros, no. No hay manera de predecir en cuáles sí y en cuáles no. Los seguidores del antimonopolio dan por sentado que los casos no objetables de fijación de precios son “poco frecuentes”<sup>31</sup>. Los únicos datos empíricos disponibles<sup>32</sup> no sugieren lo mismo.

El efecto de una acción no puede conocerse sin examinar sus resultados. Como explicó el profesor D. T. Armentano:

Respaldar la perspectiva de ilegalidad per se con respecto a los esquemas de fijación de precios presupone que es posible saber de antemano qué fusiones de empresas generarán eficiencia social neta y cuáles no. Ello da por sentado que es posible conocer la propia información que generará la evolución de los procesos de mercado antes de permitir que dichos procesos tengan lugar<sup>33</sup>.

Sin conocer los efectos de un acuerdo, no hay manera de decidir si este genera o no eficiencia. Es posible tratar de arriesgar una respuesta, pero estaríamos ante meros cálculos aproximados. Y ¿quién debería ser el que conjetura? Los cálculos aproximados no pueden usarse como base para imponer multas y condenar a prisión. Los fiscales no tienen incentivos para analizar si un acuerdo es socialmente beneficioso o no lo es. Mientras exista la norma que sostiene que la fijación es ilegal per se, puede lograrse una condena en cualquiera de los dos casos.

Se habla de “disuasión” para justificar la existencia de la norma que impugna la fijación de precios per se<sup>34</sup>. Pero ¿qué conducta se pretende disuadir? ¿Qué proporción de esa conducta era realmente anticompetitiva? Se revierte la máxima que reza que es “mejor liberar a un culpable que castigar a un inocente”. La norma que impugna la fijación de precios per se dice que es mejor castigar al inocente que dejar libre al culpable.

La comunidad antimonopolio nunca está tan unida ni muestra tantas pretensiones de superioridad moral como cuando ataca la fijación de precios. Con autorización del Estado, los sindicatos negocian acuerdos que fijan el precio de la mano de obra a gran escala. Sin embargo, si unos cuantos productores de Indianápolis discuten los precios locales del cemento, se los persigue como delincuentes<sup>35</sup>. Los seguidores del antimonopolio aprenden a convivir con esa profunda contradicción. El valor de la aplicación de la norma per se contra los acuerdos que afectan los precios no ha sido demostrado por datos empíricos, pero es innegable que la norma es beneficiosa para la comunidad antimonopolio. Permite dejar de lado la necesidad de analizar el mercado o el poder de mercado, lo cual facilita la obtención de una condena. Penalizando la fijación de precios, la norma refuerza el sentimiento de superioridad moral de la comunidad antimonopolio y la satisfacción que le genera creer que sus actividades son beneficiosas para el público.

La retórica antimonopolio se opone constantemente a la fijación de precios. La aplicación de la norma ha sido errática. Se detuvo la fijación de precios por parte de fabricantes de tuberías y de productores de derivados del petróleo<sup>36</sup>. No ocurrió lo mismo con la fijación de precios por parte de los concesionarios de minas de carbón y los titulares de derechos de autor<sup>37</sup>. Si cuentan con apoyo político, los carteles que fijan precios son tolerados o, incluso, promovidos. Así como el antimonopolio encontró la manera de aprobar una fusión que generaría un monopolio políticamente conveniente

en el sector de la fabricación de aeronaves comerciales<sup>38</sup>, las autoridades antimonopolio descubrieron maneras de permitir carteles políticamente convenientes.

En su libro *El malestar en la globalización*, de 2002, Joseph Stiglitz aporta una reseña, a partir de su experiencia como testigo presencial, de la impotencia y la irrelevancia del antimonopolio cuando hay importantes intereses políticos en juego. En 1994, el precio internacional del aluminio había caído: existía una desaceleración general mundial y, a raíz de los nuevos diseños de envases de bebidas sin alcohol, la demanda disminuyó. Por una reducción en la producción de aviones militares, Rusia disponía de más aluminio para vender. Stiglitz era entonces presidente del Consejo de Asesores Económicos de la Casa Blanca. Paul O'Neill, que luego sería Secretario del Tesoro, era CEO de Alcoa, la misma empresa que había sido demandada por monopolización ilegal y condenada en 1945 por excluir a los competidores “aprovechando cada oportunidad” y mediante “una gran organización, con la ventaja de la experiencia, los contactos comerciales y la excelencia del personal”<sup>39</sup>.

Según Stiglitz, O'Neill “diseñó el cartel mundial en el sector del aluminio”<sup>40</sup>. En una reunión de subgabinete, se tomó la decisión de apoyar la propuesta de O'Neill. Esta contó con el respaldo del Departamento de Estado y de Robert Rubin, que dirigía el Consejo Económico Nacional y cumplió un papel decisivo. En palabras de Stiglitz, “El gobierno de Estados Unidos jugó un papel protagónico en la creación de un cartel mundial en el sector del aluminio”<sup>41</sup>.

En enero de 1994, representantes de 17 países (entre ellos tres abogados de la división antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos) se reunieron en Bruselas<sup>42</sup> y llegaron a un acuerdo para recortar la producción de aluminio. En el tercer trimestre de 1995, los precios por lingote subieron un 20% respecto de los del año anterior<sup>43</sup>. Stiglitz sostiene que “algunas personas” del Departamento de Justicia estaban “furiosas” con la decisión del subgabinete de respaldar la creación del cartel<sup>44</sup>. Sin embargo, no estaban tan ofuscadas como para hacer algo al respecto, aparte de ocultar la existencia del cartel.

En febrero de 1996, un vendedor de letreros de aluminio pintado para estaciones de servicio fue multado y condenado a seis meses de arresto domiciliario y a 42 meses de libertad condicional. El FBI había inspeccionado su oficina y la de un competidor y había hallado pruebas de un acuerdo de precios. Como comprador de aluminio, es probable que el acusado fuera una víctima directa del cartel creado por el Estado. Al presentar la demanda penal contra el vendedor, en abril de 1996, el Asistente del Procurador General de la división antimonopolio declaró: “Los que conspiran para aumentar el precio de los productos deben saber que enfrentarán acusaciones penales”<sup>45</sup>.

En mayo de 1997, el asesor jurídico de la Aluminum Association recibió una carta del Departamento de Justicia que indicaba que se había cerrado la investigación de las actividades de los principales productores de aluminio y que no se habían descubierto violaciones de las leyes antimonopolio<sup>46</sup>. Previamente se había citado la opinión del Asistente del Procurador General de la división antimonopolio, según la cual los recortes de producción correspondientes al acuerdo global eran “decisiones de cada uno de los productores”<sup>47</sup>.

El informe del Comité Asesor en Materia de Política Internacional de la Competencia fechado en febrero de 2002 contiene una sección referida al “aumento de los juicios contra los carteles internacionales en Estados Unidos”. Expresa que la división antimonopolio “desde 1995 asigna la máxima prioridad a la aplicación energética de las leyes contra los carteles internacionales”<sup>48</sup>, pero no menciona el cartel del aluminio. Disfrazando el patrocinio de dicha conspiración, se logró mantener un discurso con un alto tono moral para anunciar juicios penales. La creencia antimonopolio quedaba intacta.

El cartel de las universidades de la *Ivy League* fue manejado de otra manera. En 1958, las ocho

universidades de la *Ivy League* y el MIT organizaron un sistema para impedir la competencia en materia de precios basado en la recopilación y el intercambio de información financiera de quienes solicitaban el ingreso, a fin de igualar los descuentos en la matrícula denominados “ayuda financiera”. Ante el temor de que la Stanford University estuviera atrayendo alumnos mediante mayores descuentos en la matrícula y becas por desempeño, los cuales estaban prohibidos por un acuerdo escrito entre los miembros de la *Ivy League*, el grupo trató de tentar a Stanford para que formara parte de la conspiración. Stanford se negó por consejo de un asesor que sostenía que el cartel infringía la Ley Sherman.

En 1991, el Departamento de Justicia presentó una demanda civil, pero se abstuvo de iniciar acciones penales. Las ocho universidades de la *Ivy League* aceptaron una orden judicial de prohibición. El MIT prefirió litigar. Tras un juicio sin jurado, un tribunal de distrito presentó hechos detallados, que en su mayoría no pudieron impugnarse, y ordenó que se pusiera fin a la determinación conjunta del precio que pagaban los potenciales alumnos, “ya sea que se lo identifique como matrícula, asignación familiar, ayuda financiera o cualquier otro componente del costo de brindar instrucción”<sup>49</sup>.

El MIT apeló. Durante el curso del proceso judicial que siguió, la Casa Blanca “cambió de manos”. La nueva administración desestimó el caso tras aceptar una carta de compromiso del MIT en diciembre de 1993. Tras absolver a las universidades por la violación flagrante de las leyes contra carteles que se había llevado a cabo durante décadas, posteriormente las autoridades ignoraron adrede la creación de un cartel de productores de aluminio. La estabilidad de la política se mantuvo mediante los juicios a los compradores de aluminio y el ataque a otros carteles internacionales. La política pasó por encima de la ley, pero se preservó la creencia de la comunidad antimonopolio en el carácter malvado de la fijación de precios.

La idea de que Standard Oil monopolizó el sector petrolero y de que su división fue beneficiosa para la gente es un elemento central del credo antimonopolio. Un segundo elemento es la creencia de que, sin interferencia del Estado, muchas más empresas se fusionarían y formarían trust semejantes al de Standard Oil, ejerciendo control sobre todo. Los partidarios del antimonopolio están convencidos de que, cuando un vendedor llega a obtener un porcentaje elevado del mercado, puede controlar los precios y obligar a las personas a comprar. Con semejantes creencias, es fácil asustarse ante la posibilidad de que un grupo de competidores coopere en relación con el precio al que venderán.

Dentro de la comunidad antimonopolio se discuten temas secundarios relacionados con el significado de la norma per se. ¿Es un principio de legalidad? ¿Una regla probatoria? ¿Una norma referida a sobre quién recae la carga de la prueba? ¿O solo una norma que prohíbe la defensa?<sup>51</sup> No hay respuestas en las leyes. Como dijo el Asistente del Procurador General de la división antimonopolio, lo importante no es “qué dice exactamente la ley escrita. [...] en materia de antimonopolio todo es realmente mucho más dinámico”<sup>52</sup>. La comunidad antimonopolio, si bien reconoce que algunos acuerdos sobre precios pueden ser beneficiosos, se siente satisfecha dando por sentado que la mayor parte de la cooperación relativa a los precios es perniciosa. No hay debate al respecto dentro de la comunidad.

La erosión de la norma per se podría reavivar las dudas acerca de la constitucionalidad de los procesos penales por infracción al artículo 1 de la Ley Sherman. Nuestro sistema jurídico no permite la imposición de multas ni penas de prisión por la violación de normas que son vagas. Una ley que prohíbe “todo contrato que restrinja el comercio de manera inaceptable” ¿proporciona suficiente información respecto a qué conductas son delictivas? ¿U otorga demasiada discrecionalidad a fiscales, jueces y jurados?

En 1913, la Corte Suprema evaluó una apelación a una condena penal por violación a la Ley Sherman. La Corte rechazó un argumento que sostenía que “el delito [...] contiene [...] un elemento

de grado sobre el que puede haber distintas valoraciones, con lo cual un hombre puede ir a la cárcel porque su juicio honrado no previó el de un jurado formado por hombres menos competentes”. La Corte declaró que “la ley está repleta de instancias en las que el destino de un hombre depende de que valore correctamente, es decir, tal y como lo valora el jurado posteriormente, alguna cuestión de grado”, y dio el ejemplo de los fallos de “homicidio, homicidio culposo o muerte accidental” con respecto a los accidentes de tránsito<sup>53</sup>. Las limitaciones procesales y la norma per se han eliminado la posibilidad de cuestionar ese razonamiento.

La política de la división antimonopolio del Departamento de Justicia referida a los procesos penales antimonopolio se enunció de la siguiente manera:

La Corte Suprema sostuvo que la Ley Sherman no es inconstitucionalmente vaga. Sin embargo, es posible que un procesamiento en un caso determinado ataque de manera injusta una conducta cuyo carácter ilícito desconocía el acusado. La solución de la división antimonopolio para este problema de potencial injusticia consiste en plantear una norma firme según la cual se recomienda al Procurador General emprender un proceso penal solo en casos de violaciones deliberadas de la ley, y que se dé una de dos condiciones para considerar que la conducta fue deliberada. En primer lugar, si las normas jurídicas que supuestamente se violaron son claras y están bien establecidas —es decir, si describen delitos per se—, se supone que se actuó deliberadamente. [...] La Corte Suprema sostuvo hace más de 30 años que la fijación de precios constituía una violación per se de la ley, para la que no cabían justificaciones ni defensas. [...] En segundo lugar, si las acciones del acusado demuestran infracciones intencionales [...] se presume que se actuó en forma deliberada<sup>54</sup>.

Si la norma jurídica referida a la fijación de precios pierde claridad y firmeza, si algunos acuerdos de fijación de precios se vuelven defendibles en virtud de la eficiencia que generan, es posible que algunos casos que en la actualidad se someten a juicio penal sean objeto de apelación porque los imputados no sabían que las conductas por las que los acusaron eran ilícitas.

Cualquier deterioro de la confianza en el carácter justo del proceso penal tendería a socavar el sentimiento de superioridad moral de los que emprenden la acción judicial. La comunidad antimonopolio obtiene grandes beneficios psíquicos y de otros tipos a partir de este proceso. Las investigaciones con jurados de acusación brindan una fuente permanente de empleo para personal público y privado. El temor a esas investigaciones justifica auditorías antimonopolio meticulosas y programas de cumplimiento que exigen muchas horas remuneradas. La norma per se representa los cimientos de esta actividad. Si se debilitara la ley, se podrían debilitar esos fundamentos. Es posible que la comunidad antimonopolio considere que asignar un valor preponderante a la eficiencia podría derrumbar todo el castillo de naipes del antimonopolio.

### **Las demandas por daños triplicados: Ningún beneficio palpable para el público**

El juicio penal no es la única arma contra el mal que representa la fijación de precios. Existe otro método para castigar a los monopolios: la amenaza de los daños triplicados. Aunque el Departamento de Justicia brinde muestras de discreción al entablar juicios por violación de la Ley Sherman, fiscales generales estatales y abogados privados ambiciosos pueden hacer acusaciones de fijación de precios de las que no es tan fácil desentenderse.

Para castigar a los monopolios que se consideran perniciosos, el derecho antimonopólico ofrece mayores recompensas a las demandas privadas entabladas contra estos. La Ley Clayton establece que

toda persona “perjudicada en su actividad o propiedad por motivo de cualquier elemento prohibido por las leyes antimonopolio” tiene derecho a entablar una demanda por un valor equivalente al triple de los daños y perjuicios sufridos, más “las costas judiciales, *incluidos los honorarios razonables de un abogado*”<sup>55</sup>. Con la asistencia de la norma per se, algunos abogados ambiciosos combinan esa disposición con la demanda colectiva moderna y logran resultados sorprendentes.

En una economía competitiva, la equiparación de precios es algo común. Se puede imaginar un acuerdo de fijación de precios, se puede suponer cuáles son sus víctimas y se puede seleccionar un cliente. El cliente no tiene nada que perder. Se presenta un reclamo hábilmente redactado ante un tribunal, que certifica que las víctimas colectivas pueden iniciar una demanda. Es posible que se incurra en enormes gastos y que haya grandes indemnizaciones. Comienzan a reunirse pruebas y se investigan minuciosamente los archivos y los correos electrónicos de los acusados. Quizá se descubren palabras ambiguas en los mensajes de los ejecutivos de nivel medio. Se siguen reuniendo pruebas y se programa una fecha para el juicio. Se vislumbra el peligro de la quiebra. El arreglo conciliatorio se convierte en una opción viable y se concreta. Así, el dinero cambia de manos.

En diciembre de 2003, en un tribunal federal de distrito en Nueva York, se llegó a un acuerdo respecto a una demanda colectiva por operaciones atadas y tentativa de monopolización. Según la demanda, Visa y MasterCard habían vinculado ilegalmente sus productos de débito y sus tarjetas de crédito. No hubo fallo respecto de los méritos de la demanda. Los acusados acordaron crear un fondo de conciliación de US\$3.050 millones, por repartirse entre cinco millones de comerciantes (US\$610 por comerciante). Los abogados de los demandantes solicitaron un reembolso por costos legales de US\$18 millones y US\$609 millones en concepto de honorarios. El tribunal ordenó a los acusados pagar los costos y desembolsar US\$220 millones en concepto de honorarios de abogados<sup>56</sup>. Hay quienes creen que los abogados se lo ganaron. Después de todo, castigaron a un monopolio malvado.

## 9. Conclusión

Las leyes antimonopolio proporcionan un instrumento para que la comunidad antimonopolio lleve a cabo una actividad inútil y maliciosa bajo la apariencia del cumplimiento de la ley. Al antimonopolio se lo ha catalogado como “subclase de ideología”<sup>1</sup>, “religión sin causa”<sup>2</sup> y “patraña”<sup>3</sup>. Sea lo que sea, no es cumplimiento de la ley. El magistrado Abe Fortas señaló: “El antimonopolio en Estados Unidos no es [...] un conjunto de leyes que sirve de guía para la conducta de los hombres. Es más bien una declaración general, en ocasiones contradictoria, de artículos de fe y filosofía económica”<sup>4</sup>.

El antimonopolio es el resultado del deseo del Congreso de hacer algo aunque no pueda hacerse nada. La legislación antimonopolio es una devota declaración contra el mal. El antimonopolio se fundó en el deseo de resolver un problema elemental del capitalismo: ¿qué hacer con los perdedores? La legislación refleja la esperanza de preservar una nación conformada por agricultores, artesanos y comerciantes de pequeños pueblos que existió hasta que la industrialización y las organizaciones corporativas transformaron a Estados Unidos en un país de fábricas, oficinas y ciudades. El antimonopolio se celebra mediante un ritual de procesos judiciales que, se supone, logran que el comercio se mantenga tanto libre como justo.

Los fallos antimonopolio de la Corte Suprema intentan dar sentido a lo que el magistrado Fortas llamó declaraciones “contradictorias” de “artículos de fe”. Las decisiones no se desprenden de principios tomados caso por caso, como en el desarrollo del *common law* inglés. Los fallos no clarifican las ambigüedades secundarias de las prohibiciones establecidas en la ley ni confieren precisión a las normas. Por el contrario, los fallos de la Corte Suprema son arreglos conciliatorios entre las distintas predilecciones personales de sus miembros en cuanto a qué es malo. Los abogados y profesores de derecho investigan los dictámenes a fin de encontrar normas. La mayoría de las sentencias de la Corte no hacen más que enturbiar las aguas.

### Los reformistas

Si bien “la voluntad del Congreso contiene contradicciones internas”<sup>5</sup>, los magistrados, profesores y abogados suponen que la legislatura tenía algo definido en mente cuando aprobó la legislación antimonopolio. Los reformistas no aceptan la posición de Thurman Arnold de que el antimonopolio es retórica ceremonial moralizante<sup>6</sup>. Ellos se proponen reformar, no abolir. Como profesores de derecho, no pueden reconocer que una ley que incorpora “contradicciones internas” no tiene sentido y no puede ser objeto de reforma. Eso es algo que los profesores de derecho antimonopolio no pueden decir. Tienen que creer que, si a los magistrados federales se les enseña suficiente teoría microeconómica, el derecho antimonopólico alcanzará “un grado elevado de racionalidad y previsibilidad” y se convertirá “en una rama de la economía aplicada”<sup>7</sup>.

La economía no transformará el antimonopolio en aplicación de la ley. La discusión teórica sobre los mercados y el poder de mercado se basa en el análisis estático, no en hechos del mundo real. Las definiciones del análisis suponen que el mundo es estático. Para creer en el poder de mercado, es necesario no prestar atención al largo plazo. En el mundo del antimonopolio el largo plazo no existe: todo versa sobre un imaginario ahora.

No todos los profesionales del antimonopolio creen de verdad en él. Algunos ven el antimonopolio como un juego lingüístico vacío y sin mérito, pero rentable para quienes saben jugarlo bien. Otros son escépticos respecto de ciertas creencias básicas, pero consideran que brinda una necesaria protección contra las distorsiones del mercado a corto plazo. Saben que lo que ven como imperfecciones

del mercado no puede durar mucho tiempo pero justifican el antimonopolio en la necesidad de acción inmediata. No está claro en qué punto el corto plazo se convierte en largo plazo. En el caso *Microsoft*, el tribunal de apelaciones habló del “futuro relativamente próximo”<sup>8</sup>. En ese caso, parecería que los procedimientos estaban orientados a actuar con rapidez, antes de que fuera demasiado tarde, antes de que el problema se resolviera solo y de que se volviera evidente que el antimonopolio es irrelevante.

El desarrollo de una economía mundial a través de Internet está acortando el largo plazo: los resultados a largo plazo llegan con mayor rapidez de lo que solían hacerlo; ahora es más difícil desentenderse del largo plazo. Y también es más difícil seguir creyendo en un análisis estático que se fundamenta en supuestos que sostienen que el mundo no sufrirá ningún cambio.

### **La creencia en el antimonopolio está arraigada en la psíquis estadounidense: Es políticamente imposible derogar la legislación antimonopolio**

La comunidad antimonopolio no puede observar el antimonopolio desde un punto de vista crítico. Existe “poca evidencia empírica de que las intervenciones pasadas hayan generado beneficios directos importantes para los consumidores o disuadido de manera considerable el comportamiento anticompetitivo”<sup>9</sup>. Sin embargo, las palabras pronunciadas en 1982 por el profesor Milton Handler expresan la actitud predominante en la mayor parte de la comunidad antimonopolio: “Ahora contamos con un excelente cuerpo de doctrinas antimonopolio que, en general, funcionan sumamente bien”<sup>10</sup>.

Gary Hull, de la Duke University, escribió:

La mayoría de los estadounidenses cree que las leyes antimonopolio preservan nuestro sistema de libre mercado, protegen a los consumidores de las empresas rapaces y garantizan una competencia justa en el mercado. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. El antimonopolio se basa en un pensamiento económico deficiente y en una interpretación falsa de la historia empresarial de Estados Unidos. Viola la santidad del contrato. [...] Las leyes no deben clarificarse, limitarse ni aplicarse de manera más juiciosa. Deben abolirse<sup>11</sup>.

El profesor de economía D. T. Armentano exhortó a derogar las leyes antimonopolio<sup>12</sup> basándose en los siguientes argumentos: 1) estas leyes malinterpretan la naturaleza de la competencia y el monopolio; 2) con frecuencia sirven para proteger a empresas inefficientes de los precios más bajos y de la innovación; 3) el artículo 2 de la Ley Clayton tiene por fin restringir la competencia en materia de precios; 4) el artículo 7 de la Ley Clayton destruye el proceso competitivo; 5) estas leyes son una forma de regulación que hace que la economía se torne menos eficiente; 6) la puesta en vigor de estas leyes precisa suponer información que no está disponible; y 7) las leyes se aplican de manera arbitraria e interfieren en el derecho de los propietarios de celebrar acuerdos voluntarios.

Por muy válidos que sean estos argumentos, no harán tambalear el compromiso emocional de Estados Unidos con el antimonopolio porque no atacan las raíces de esa creencia. El antimonopolio satisface necesidades emocionales. Mientras perdure la leyenda de Standard Oil, se temerá a la concentración. Mientras se crea que el “poder de mercado” existe y puede ser utilizado, el antimonopolio sobrevivirá, a pesar de las razones esgrimidas por Armentano a favor de la derogación y a pesar de la falta de datos empíricos que prueben los efectos positivos del antimonopolio.

Armentano describió la fuente principal de respaldo al antimonopolio:

Los abogados antimonopolio, los demandantes privados, los consultores y la burocracia del antimonopolio tienen mucho que ganar con el mantenimiento de las normas

antimonopolio y mucho que perder con cualquier derogación o reducción de la puesta en vigor de esas leyes. En consecuencia, los grupos beneficiarios tienen un gran incentivo para resistir tenazmente la reforma y derogación y para denunciar a todos los críticos del antimonopolio con el tono más estridente. Por el contrario, los ciudadanos comunes y los consumidores encuentran poco incentivo para unirse contra la fuerza devastadora del antimonopolio e incluso para instruirse a fin de saber qué es en realidad el antimonopolio<sup>13</sup>.

Los miembros activos de la comunidad antimonopolio deben articular y promover constantemente sus doctrinas. La recitación personal de la doctrina inculca fe. La doctrina infunde en sus defensores un sentimiento sincero de superioridad moral: luchan por la justicia y protegen al débil del fuerte y codicioso.

El creyente personifica el antimonopolio. El antimonopolio realiza acciones: adopta supuestos y busca resultados<sup>14</sup>. Comete “errores”<sup>15</sup> y sufre “derrotas”<sup>16</sup>. Se convierte en una especie de viejo amigo que ayuda al creyente a sentir que su actividad no solo es provechosa para sí mismo sino también para los demás. La comunidad antimonopolio se beneficia mucho de su doctrina, pero ese no es más que un factor que la refuerza y no una prueba de su falta de sinceridad.

Son muchos los que se muestran partidarios del antimonopolio sin pertenecer a esa comunidad. Los periodistas formadores de opinión y muchos intelectuales tienen antipatía por la actividad de las empresas y se sienten bien cuando manifiestan su preocupación por “el consumidor”, al que consideran víctima potencial de la codicia de las empresas. Los ungidos creen que el antimonopolio es importante para la justicia social. Ello constituye un obstáculo formidable para el cambio.

La derogación de la legislación antimonopolio podría dar lugar a algo peor. Los seguidores del antimonopolio sostienen que el derecho antimonopólico “es una alternativa que preserva y protege los mercados de una regulación y control más intrusivos de la economía”<sup>17</sup>. Ellos creen que es absolutamente imprescindible alguna forma de control público general de la actividad empresarial. Thomas DiLorenzo señaló que “Jamás hubo pruebas concretas de que los trust y las ‘fusiones’ de fines del siglo XIX en verdad hayan perjudicado a los consumidores como se supone que lo hacen los monopolios: utilizando la colusión para restringir la producción a fin de aumentar los precios”<sup>18</sup>.

Sin embargo, “persiste el mito de que el monopolio es una característica intrínseca del capitalismo y que debe ser controlado y regulado mediante una normativa antimonopolio ilustrada”<sup>19</sup>.

Ya existe algo peor que el antimonopolio, a saber, la Comisión Federal de Comercio: un grupo de cinco personas designadas políticamente por la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914 con el objetivo de definir e impedir los métodos de competencia “injustos”. Esa autoridad sin límite creada para regular el comercio no se ha desarrollado demasiado; más bien, la Comisión ha basado sus funciones en las doctrinas del antimonopolio. De ser derogada la legislación antimonopolio, podría ser reemplazada por un uso vehemente de las amplias facultades de la Comisión Federal de Comercio.

La formación de magistrados, funcionarios del Estado, profesores de derecho y periodistas podría disolver el antimonopolio. La comprensión de su naturaleza y su falta de base fáctica debilitan su atractivo. La educación sobre la historia del antimonopolio, la cual no es demasiado conocida pero tampoco es difícil de entender, podría cambiar las cosas. La historia demuestra que la división de Standard Oil no logró nada: fue “parte de un conflicto moral”<sup>20</sup>. Fue como predicar contra el pecado sin llegar a definirlo. No hay por qué temerle a la consolidación de empresas; ningún tamaño de “poder de mercado” mágico puede obligar a los compradores a comprar. Se trata de ideas de fácil absorción para cualquiera que esté interesado en la formulación de políticas públicas inteligentes.

¿Debe permitirse a Microsoft incorporar un reproductor multimedia? ¿Debe permitirse que GE adquiera Honeywell? ¿Debe dividirse IBM? El antimonopolio proporciona un vocabulario para el análisis de estas preguntas pero no brinda respuestas, cualquiera sea la colaboración que obtenga de la teoría económica. Los fallos antimonopolio son elecciones subjetivas del magistrado en lo relativo a las políticas públicas. Hay que enseñarles a los estudiantes de derecho que el antimonopolio no es la aplicación de la ley. Debe alentarse a los periodistas y formadores de opinión a preguntarse si tiene sentido temer que un capitalista codicioso monopolice las sardinas enlatadas o el puré de frutas y verduras. Hay que informar al público de lo que está pasando, que las decisiones antimonopolio son decisiones políticas que se presentan de manera engañosa como derecho y economía. Quienes están en una posición que les permita hacerlo deben exhortar a que se debata sobre cuestiones tales como si los funcionarios del Estado en Washington están en condiciones de tomar mejores decisiones que las personas que arriesgan su capital acerca de cuántos distribuidores de insumos de oficina debería existir, por ejemplo, en Wheeling, West Virginia.

Si bien hoy en día la comunidad antimonopolio está viva y goza de buena salud, el antimonopolio se está atrofiando. Se está volviendo obsoleto, un anacronismo, el residuo intrascendente de una vieja demagogia política. La educación sobre la realidad del antimonopolio podría acelerar el proceso.

# Notas

## Introducción

1. Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, Yale University Press, 1937, págs. 211-12.

## Capítulo 1

1. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, págs. 11-12.
2. Ibíd., pág. 12.
3. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, págs. 9, 11.
4. Ibíd., pág. 738.
5. *Antitrust and Trade Regulation Report* 84, 17 de enero de 2003, pág. 35.
6. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238, 1918.
7. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71, 1966.
8. *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 1962.
9. *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 1966.
10. *Brown Shoe Co.*, 370 U.S. 294.
11. *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*, 15 U.S.C. 15, § 18a, 2000.
12. Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, pág. 1.
13. Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia de Estados Unidos, Informe anual al Congreso, año fiscal 2005, conforme al inciso (j) del artículo 7A de la Ley Clayton, 2006, *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976*, informe vigésimo octavo.
14. *United States v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318, D.D.C., 1995.
15. *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1462, D.C. Cir., 1995.
16. *Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1465.
17. *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537, D.D.C., 1997.
18. *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, D.C. Cir., 1998.
19. *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9, 12-112, D.D.C., 1999.
20. *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, 62, D.D.C., 2000.
21. *Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, 62.
22. *Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, 63.
23. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, D.C.Cir., 2001.
24. *Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51-59.
25. *Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 72, 74.
26. Comunicado de prensa del Departamento de Justicia, 6 de septiembre de 2001.
27. “Roundtable Conference with Enforcement Officials”, *Antitrust Law Journal* 68, 2000, págs. 581, 614.
28. Paul Rand Dixon, “Merger Policy and the Preservation of the Competitive System”, *Antitrust Law Journal* 30, 1966, págs. 86, 90.

29. "An Interview with the Honorable Donald F. Turner", *Antitrust Law Journal* 34, 1967, pág. 122.
30. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978.
31. Richard A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, pág. 212.
32. D. T. Armentano, *Antitrust Policy*, Washington, Cato Institute, 1986, pág. 74.
33. Robert W. Crandall y Clifford Winston, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives* 17, 2003, pág. 3.

## **Capítulo 2**

1. *United States v. Bergson*, 119 F. Supp. 459, D.D.C., 1954.
2. Spencer Weber Waller, "Prosecution by Regulation. The Changing Nature of Antitrust Enforcement", *Oregon Law Review* 77, 1998, págs. 1383, 1444.
3. Waller, "Prosecution by Regulation", págs. 1383, 1445-46.
4. *Antitrust* 16, tercer trimestre de 2002, pág. 4.
5. Ver el programa del almuerzo por el quincuagésimo aniversario que se publicó dentro del *Antitrust* 16, tercer trimestre de 2002, pág. 4.
6. Simon N. Whitney, *Antitrust policies: American Experience in Twenty Industries*, Vol. II, Nueva York, Twentieth Century Fund, 1958, pág. 442.
7. "House Judiciary Committee Chairman Proposes Panel to Revamp Antitrust Law", *Antitrust and Trade Regulation Report* 80, 29 de junio de 2001, pág. 614. Informe especial, *Antitrust and Trade Regulation Report* 88, 21 de enero de 2005.
8. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 415.
9. Por ejemplo, ver Milton Handler, "Reforming the Antitrust Laws", *Columbia Law Review* 82, 1982, págs. 1287-1364. El autor, uno de los primeros en combinar la docencia con la práctica del derecho, declaró: "Ahora contamos con un excelente conjunto de doctrinas antimonopolio que, en general, han funcionado extremadamente bien durante casi un siglo". Estas han funcionado especialmente bien para los miembros de la comunidad antimonopolio; sin embargo, hay "pocas muestras comprobables de que las intervenciones pasadas hayan contribuido al beneficio directo de los consumidores o disuadido significativamente las conductas anticompetitivas". Ver también Robert W. Crandall y Clifford Winston, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives* 17, 2003, págs. 3, 4.
10. Thomas B. Leary, "Lessons from Real Life: True Stories that Illustrate the Art and Science of Cost-Effective Counseling", The Antitrust Source, marzo de 2003, en línea: [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com).
11. Waller, "Prosecution by Regulation", págs. 1383, 1444.
12. Por ejemplo, Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989.
13. E. Thomas Sullivan y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure*, cuarta edición, Charlottesville, VA, Lexis Law Publishing, 1999, pág. xiii.
14. Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, MN, Thomson/West Publishing Co., 2002.
15. "A Casebook for Our Time", reseña, The Antitrust Source, marzo de 2003, en línea: [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com).
16. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 12.

17. Ibíd.
18. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. v.
19. Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review* 84, 1985, 213, 284, citado en Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid y Diane P. Wood, *Trade Regulation*, Nueva York, Foundation Press, 2003, págs. 9-11.
20. “From the Section Chair”, *Antitrust* 16, tercer trimestre de 2002, pág. 3.
21. “From the Section Chair”, *Antitrust* 20, cuarto trimestre de 2005, pág. 3.
22. Final Report of the International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and to the Assistant Attorney General for Antitrust, 2000, en línea: [www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm](http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm).
23. “International Competition Network Adopts Initiatives to Improve Antitrust Enforcement”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 12 mayo de 2006, pág. 549.
24. “ICN Conference Addresses Merger Vetting Improvements, Savors Anticartel Advances”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 88, 10 de junio de 2005, pág. 621.
25. “FTC Chairman Offers Support for Agency’s FY 2007 Appropriation”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 7 de abril de 2006, pág. 380.
26. “From the Section Chair”, *Antitrust* 20, cuarto trimestre de 2005, pág. 3.

### **Capítulo 3**

1. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 12
2. Ley de la Comisión Federal de Comercio, 15 U.S.C., 1914, §§ 41-58.
3. *Federal Baseball Club v. National League of Professional Baseball Clubs*, 259 U.S. 200, 1922.
4. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, quinta edición, Chicago, ABA Publishing, 2002, pág. 1385.
5. *Radovich v. NFL*, 352 U.S. 445, 1957.
6. *Haywood v. NBA*, 401 U.S. 1204, 1971.
7. Curt Flood Act, 112 Stat. 2824, 1998; 15 U.S.C. § 27a.
8. *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 1933.
9. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. 426.
10. Daniel J. Gifford y Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, segunda edición, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 2002, pág. 99.
11. Areeda y Kaplow, *Antitrust Analysis*, pág. 90. Los autores agregan: “Si bien hace tiempo ya que se entiende que el holding de *Appalachian Coals* no es relevante en la actualidad, existen reclamos recientes respecto de la competencia justa y los precios justos en el comercio internacional y en los contextos agrícolas que implican nociones similares a las articuladas en *Appalachian Coals*”, págs. 190-91.
12. Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid y Diane P. Wood, *Trade Regulation*, Westbury, NY, Foundation Press, 2003, pág. 325.
13. *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 581, 1967.
14. Robert H. Bork, Epílogo de *The Antitrust Paradox*, Edición revisada, Nueva York, The Free

Press, 1993, pág. 434.

15. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 1940.
16. Joel Klein, Asistente del Procurador General, división antimonopolio, disertación en un encuentro del segundo trimestre de la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Journal* 68, 2000, pág. 614.
17. Gifford y Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, págs. 18-19.
18. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 1935.
19. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 307.
20. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 61.
21. Gifford y Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, pág. 28.
22. Earl W. Kintner, “The Revitalized Federal Trade Commission”, *New York University Law Review* 30, 1955, pág. 11, 43.
23. *FTC v. Jantzen, Inc.*, 386 U.S. 228, 1967.
24. *In re IBM Corp.*, 687 F.2d 591, 2d Cir., 1982.
25. *Kellogg Co.*, 99 F.T.C. 8, 1982.
26. *General Motors Corp.*, 99 F.T.C. 464, 1982.
27. Frederick M. Rowe, *Price Discrimination under the Robinson-Patman Act*, Boston, Little Brown, 1962.
28. Robinson-Patman Act de 1936, 15 U.S.C. § 13a.
29. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 202.
30. John S. McGee, *In Defense of Industrial Concentration*, Nueva York, Praeger Publishers, 1971.
31. Harold Demsetz, *Economic, Legal, and Political Dimensions of Competition*, Amsterdam, North Holland, 1982.
32. Yale Brozen, *Concentration, Mergers, and Public Policy*, Nueva York, Macmillan, Burns, Malcom, 1982.
33. Frederick M. Rowe, “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models”, *Georgetown Law Journal* 72, 1984, pág. 1511. Este artículo contiene la historia documentada del auge y de la caída de la malvada concentración económica.
34. Gifford y Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, pág. 28.
35. Richard A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, pág. 212.
36. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, págs. 405, 406.
37. Ibíd., págs. 55, 66.
38. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, Report of the Task Force on the Federal Antitrust Agencies–2001, 2001, págs. 41, 42, en línea: [www.abanet.org/antitrust/pdf\\_docs/antitrustenforcement.pdf](http://www.abanet.org/antitrust/pdf_docs/antitrustenforcement.pdf).
39. Robert Pitofsky, “The Sylvania Case; Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions”, *Columbia Law Review* 78, 1978, págs. 1, 3; Eleanor Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, *Cornell Law Review* 66, 1981, pág. 1140; Victor H. Kramer, “Antitrust Today: The Baxterization of the Sherman and Clayton Acts”, *Wisconsin Law Review* 1981, 1981, págs. 1287, 1302.
40. Robert Pitofsky, “Does Antitrust Have a Future?” *Georgetown Law Journal* 76, 1987, págs. 321, 326.
41. Frederick M. Rowe, “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models”, *Georgetown Law Journal* 72, 1984, pág. 1511.

*Journal* 72, 1984, págs. 1511, 1570.

42. Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, pág. 229.
43. Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review* 84, 1985, pág. 213, citado en Pitofsky, Goldschmid y Wood, *Trade Regulation*, pág. 11.
44. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 65.
45. Lawrence A. Sullivan y Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, MN, West Group 2000, art. 1.5b, citado en Gifford y Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, pág. 55. Cabe notar que se trata de un manual sobre derecho antimonopólico, no de un manual sobre la legislación antimonopolio, mucho menos sobre las leyes antimonopolio puntuales.
46. *Matsushita Electric Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 1986.
47. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 1979.
48. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 1977.

## Capítulo 4

1. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, Chicago, ABA Publishing, 2005, pág. vii.
2. Ibíd., págs. 1-2.
3. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, quinta edición, Chicago, ABA Publishing, 2002, págs. 67-68.
4. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 1984.
5. Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, pág. 117.
6. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 554.
7. Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, pág. 87.
8. Alan J. Daskin y Lawrence Wu, “Observations on the Multiple Dimensions of Market Power”, *Antitrust* 19, nº 3, tercer trimestre de 2005, pág. 57.
9. Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, párrafo 802c, 1996, citado en la Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, Chicago, ABA Publishing, 2005, pág. 7.
10. Areeda y Kaplow, *Antitrust Analysis*, págs. 553, 559, 561, 572.
11. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 6.
12. Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, New Haven, CT, Yale University Press, 1937, pág. 211.
13. Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, pág. 100.
14. Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, pág. 525.
15. Ibíd., págs. 1483-84.
16. Ibíd., pág. 1486.
17. Frederick M. Rowe, “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models”, *Georgetown Law Journal* 72, 1984, págs. 1511, 1563, 1564, 1565.
18. Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, pág. 119-21.
19. Ibíd., pág. 121.
20. Daskin y Wu, “Observations on the Multiple Dimensions”, 53, 57 nº 7.

21. Robert A. Levy, *Shakedown*, Washington, Cato Institute, 2004, págs. 200-01.
22. Rowe, “The Decline of Antitrust”, págs. 1511, 1564.
23. Ibíd.
24. Donald C. Klawiter, “From the Section Chair”, *Antitrust* 20, cuarto trimestre de 2005, pág. 4.

## **Capítulo 5**

1. Daniel J. Gifford y Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, segunda edición, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 2002, pág. 5.
2. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. 33, cita a William H. Taft, The Anti-Trust Act and the Supreme Court 2, 1914.
3. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 36.
4. “FTC, DOJ Announce Upcoming Forum on Implications of Single-Firm Conduct”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 9 de junio de 2006, pág. 653.
5. Deborah Platt Majoras, citada en “FTC and DOJ Open Hearings on Implications of Single-Firm Conduct”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 23 de junio de 2006, págs. 712-13.
6. Tony Freyer, *Regulating Big Businesses*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pág. 37.
7. *Standard Oil Company v. United States*, 221 U.S. 1, 1911.
8. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 449 (énfasis del autor).
9. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 208 (énfasis del autor).
10. Ibíd., pág. 84.
11. D. T. Armentano, *The Myths of Antitrust*, Nueva York, Arlington House, 1972, pág. 279.
12. John S. McGee, “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case”, *Journal of Law and Economics* 1, octubre 1958, págs. 144-48, citado en Armentano, *Myths of Antitrust*, pág. 69.
13. Armentano, *Myths of Antitrust*, pág. 77.
14. Thomas J. DiLorenzo, *How Capitalism Saved America*, Nueva York, Crown Forum, 2004, pág. 135.
15. Robert W. Crandall y Clifford Winston, “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, *Journal of Economic Perspectives* 17, 2003, págs. 3, 7, 8.
16. Simon N. Whitney, *Antitrust Policies*, Nueva York, Twentieth Century Fund, 1958, pág. 182.
17. D. T. Armentano, *Antitrust Policy*, Washington, Cato Institute, 1986, págs. 24, 25, 43.
18. McGee, “Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case” 137, 138 citado en Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 39.
19. Justin Miller, *Handbook on Criminal Law*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1934, pág. 391.
20. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 1966.
21. *Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71.
22. Donal C. Klawiter, “From the Section Chair”, *Antitrust* 20, cuarto trimestre de 2005, pág. 4.
23. Eleanor M. Fox, “Is There Life in Aspen after Trinko?”, *Antitrust Law Journal* 73, 2005, pág. 153.
24. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Market Power Handbook*, Chicago, ABA Publishing, 2005, págs. 3, 5.
25. Ibíd., pág. 139.
26. Steven C. Salop, “Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Principle”, *Journal of Political Economy* 92, 1984, pág. 720.

- fice Standard”, *Antitrust Law Journal* 73, 2006, págs. 311-12.
27. Ibíd., 311, 374.
  28. Mark S. Popofsky, “Defining Exclusionary Conduct”, *Antitrust Law Journal* 73, 2006, págs. 435, 481.
  29. Andrew I. Gavil, “Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance”, *Antitrust Law Journal* 72, 2004, pág 3.
  30. Ibíd., págs. 3, 74.
  31. Ibíd., págs. 3, 81.
  32. E. Thomas Sullivan y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure*, cuarta edición, Charlottesville, VA, Lexis Law Publishing, 1999, pág. 31.
  33. Areeda y Kaplow, *Antitrust Analysis*, pág. 4.
  34. *Nash v. United States*, 229 U.S. 373, 1913.
  35. *Nash*, 229 U.S. 373, 376.
  36. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, quinta edición, Chicago, ABA Publishing, 2002, pág. 729.
  37. Whitney, *Antitrust Policies*, pág. 104, cita a Paul H. Giddens, *Standard Oil Company*, Indiana, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1955, pág. 131.
  38. *United States v. IBM Corp.*, Dkt. n° 69-Civ.-200, demanda de S.D.N.Y presentada el 17 de enero, 1969.
  39. En el caso de *IBM Corp.*, 687 F.2d 591, 593, 2d Cir. 1982.
  40. John E. Lopatka, “United States v. IBM: A Monument to Arrogance”, *Antitrust Law Journal* 68, 2000, págs. 145-46.
  41. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, edición revisada, Nueva York, The Free Press, 1993, pág. 431.
  42. *Telex Corp. v. IBM Corp.*, 510 F.2d 894, 10th Cir. 1975.
  43. *Telex Corp.*, 510 F.2d 894, 897.
  44. *Brobeck, Phleger, & Harrison v. Telex Corp.*, 602 F.2d 866, 867, 9th Cir. 1979.
  45. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, D.C. Cir. 2001.
  46. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 2d Cir. 1945.
  47. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 114.
  48. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 2d Cir. 1945.
  49. *Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416.
  50. *Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (énfasis del autor).
  51. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Model Jury Instructions in Civil Antitrust Case*, Chicago, ABA Publishing, 2005.
  52. Ibíd., págs. xv, xvi.
  53. Ibíd., pág. C-17.
  54. Ibíd., pág. C-18.
  55. Ibíd., pág. C-27.
  56. Steven C. Salop, “Anticompetitive Overbuying by Power Buyers”, *Antitrust Law Journal* 72, 2005, pág. 669.
  57. *Confederated Tribes of Siletz Indians of Oregon v. Weyerhaeuser Co.*, *Antitrust and Trade Regulation Re-*

*port* 88, 9th Cir. 2005. El 20 de febrero de 2007, la Corte Suprema dejó sin efecto y remitió el fallo del tribunal del 9º Circuito. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 549 U.S.\_, Sentencia publicada, 2007.

58. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 1993.

## Capítulo 6

1. *United States v. Pabst Brewing Company*, 384 U.S. 546, 553, 1996.
2. *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 1974.
3. *Brown Shoe, Inc. v. United States*, 370 U.S. 294, 333, 1962.
4. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362-63, 1963.
5. Frederick M. Rowe, “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models”, *Georgetown Law Journal* 72, 1984, págs. 1511, 1528, sin notas al pie.
6. Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, MN, Thomson-West, 2002, pág. 440.
7. Ibíd., pág. 441.
8. Ibíd.
9. Nestle S. A., FTC File No. 012-0174, *Antitrust and Trade Regulation Report* 84, 27 de junio de 2003, pág. 653.
10. *United States v. Connors Bros. Income Fund*, Sentencia Definitiva, 18 de abril de 2005, D.D.C., en línea: [www.justice.gov/atr/cases/f208700/208712.htm](http://www.justice.gov/atr/cases/f208700/208712.htm), *Antitrust and Trade Regulation Report* 87, 3 de septiembre de 2004, pág. 249.
11. *FTC v. H. J. Heinz Co.*, 246 F. 3d 708, D.C. Cir. 2001.
12. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Merger Guidelines*, 33 Registro Federal 23.442, 1968.
13. Ibíd., 47 Registro Federal 28.493, 1982.
14. Comisión Federal de Comercio, Statement Concerning Horizontal Mergers, 1982, reimpresso en 2 *Trade Reg. Rep.*, CCH, párrafo 4516.
15. Departamento de Justicia de Estados Unidos, *Merger Guidelines*, 49 Registro Federal 26.823, 1984.
16. Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, reimpresso en 4 *Trade Reg. Rep.*, CCH, párrafo 13.104.
17. Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, Revisión del artículo 4 de *Horizontal Merger Guidelines*, reimpresso en *Antitrust and Trade Regulation Report* 72, 10 de abril de 1997, pág. 359.
18. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 31 de marzo de 2006, pág. 357.
19. Robert Pitofsky, “Does Antitrust Have a Future?”, *Georgetown Law Journal* 76, 1987, págs. 321, 326.
20. Thomas B Leary, “The Essential Stability of Merger Policy in the United States”, *Antitrust Law Journal* 70, 2002, págs. 105, 113.
21. William E. Kovacic, “Prepared Statement of the Federal Trade Commission: Petroleum Industry Consolidation”, Declaración ante la Comisión de Asuntos Judiciales, Senado de los Estados Unidos, 1 de febrero de 2006, pág.2.

22. Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Horizontal Merger Guidelines*, publicado el 2 de abril de 1992, revisado el 8 de abril de 1997, artículo 1.5.
23. Ibíd., artículo 0. “Purpose, Underlying Policy Assumptions, and Overview” (énfasis del autor).
24. Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, marzo de 2006, pág. 3.
25. Leary, “Essential Stability of Merger Policy”, págs. 105, 112.
26. “FTC Closes Pepsi/Quacker Merger Probe; Divided Commission Results in Clearance”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 81, 3 de agosto de 2001, pág. 99.
27. “Tie Vote Results in FTC Deadlock on General Mills/Pillsbury Merger”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 81, 26 de octubre de 2001, pág. 364.
28. “Phillips Petroleum, Tosco Receive Notice of FTC Investigation Closure; Merger to Proceed”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 81, 21 de septiembre de 2001, pág. 239.
29. *H. J. Heinz Co.*, 246 F. 3d 708.
30. *FTC v. H. J. Heinz Co.*, Acción Civil N° 00-168, D.D.C. 2000, Sentencia publicada, pág. 22.
31. “The FTC’s Enforcer”, *Legal Times*, 28 de mayo de 2001.
32. Caroline E. Meyer, “A Steady Course for the FTC”, *Washington Post*, Sección E, 8 de junio de 2001.
33. *Acquisitions-Boeing Co.*, 5 *Trade Reg. Rep.*, CCH, párrafo 24, 295, Comisión Federal de Comercio, 1 de julio de 1997.
34. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust in Perspective*, pág. 73.
35. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, 15 U.S.C. § 18a.
36. Comisión Federal de Comercio y Departamento de Justicia de Estados Unidos, Informe anual al Congreso, año fiscal 2005, págs. 2, 3.
37. “DOJ Won’t Attack Consolidation of Major Appliance Manufacturers”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 31 de marzo de 2006, págs. 349, 350.
38. *United States v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2d 1098, N.D. Cal. 2004.
39. *Connors Bros. Income Fund*, D.D.C., *Antitrust and Trade Regulation Report* 87, pág. 249.
40. Acquisitions-Boeing Co., 5 *Trade Regulation Report*, CCH, párrafos 24, 295.
41. *H. J. Heinz Co.*, 246 F. 3d 708.
42. *Nestle S. A.*, Expediente de la Comisión Federal de Comercio No. 012-0174, *Antitrust and Trade Regulation Report* 84, 27 de junio de 2003, pág. 653.
43. Frederick M. Rowe, “The Decline of Antitrust and the Delusions of Models”, *Georgetown Law Journal* 72, 1984, págs. 1511, 1528, notas al pie omitidas.
44. D. Jeffrey Brown, Paul Collins y Kevin Rushton, “Symposium—Aspen Skiing 20 Years Later: The Aspen Skiing Case from a Canadian Competition Law Perspective”, *Antitrust Law Journal* 73, 2005, pág. 278.
45. “FTC Wraps Up Record Year in Antitrust Enforcement with New Mix of Litigation and Guidance”, Comunicado de prensa de la Comisión Federal de Comercio, 13 de octubre de 2000.

## **Capítulo 7**

1. Timothy J. Muris, “The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years”, *George Mason Law Review* 7, 1999, págs. 729, 736, 752.
2. Daniel J. Gifford y Leo J Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, segunda edición,

Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 2002, pág. 235.

3. Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, MN, Thomson-West Publishing Co., 2002, pág. 634.
4. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. 644.
5. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 686.
6. Ibíd., pág. 769.
7. Ibíd., (énfasis del autor).
8. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 1984.
9. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, quinta edición, Chicago, ABA Publishing, 2002, págs. 177, 178, 179.
10. Ibíd., pág. 179.
11. E. Thomas Sullivan y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure*, cuarta edición, Charlottesville, VA, Lexis Law Publishing, 1999, pág. 518.
12. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, págs. 378-79.
13. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust in Perspective*, pág. 691 (énfasis del autor).
14. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 627.
15. *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502, 1917, (énfasis del autor).
16. *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 1947.
17. Earl W. Kintner, *An Antitrust Primer*, segunda edición, Nueva York, Macmillan, 1973, pág. 47.
18. Bork, *The Antitrust Paradox*, pág. 367, (énfasis del autor).
19. *Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, 1958.
20. Bork, *The Antitrust Paradox*, págs. 367-68.
21. *United States v. Jerrold Elect. Corp.*, 187 F. Supp. 545, E.D. Pa. 1960, afirmado per curiam, 365 U.S. 567, 1961.
22. *Dehydrating Process Co. v. A. O. Smith Corp.*, 292 F.2d 653, 1st Cir., cert. denegado, 368 U.S. 931, 1961.
23. Bork, *The Antitrust Paradox*, pág. 368.
24. Ibíd., pág. 380.
25. Robert A. Levy, *Shakedown*, Washington, Cato Institute, 2004, pág. 191.
26. Ibíd., pág. 202.
27. Ibíd., pág. 202-03.
28. *Jefferson Parish Hospital District No. 2*, 466 U.S. 2.
29. *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293, 1949.
30. Fox y Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, pág. 146.
31. *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, D. Mass., 1953, afirmado per curiam, 347 U.S. 521, 1954.
32. *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 1948.
33. Bork, *The Antitrust Paradox*, pág. 142.
34. Levy, *Shakedown*, pág. 197.

35. Thomas G. Krattenmaker y Steven C. Salop, "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price", *Yale Law Journal* 96, 1986, págs. 209, 213-14.
36. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust in Perspective*, pág. 635.
37. *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 1967.
38. *GTE Sylvania Inc. v. Continental T.V.*, 433 U.S. 36, 1977.
39. Robert Pitofsky, "The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Restrictions", *Columbia Law Review* 78, 1978, págs. 1, 3.
40. *Fortner Enters., Inc. v. United States Steel Corp.*, 293 F. Supp. 762, W.D.Ky., 1996.
41. *Fortner Enters., Inc. v. United States Steel Corp.*, 404 F. 2d 936, 6th Cir. 1968.
42. *Fortner Enters., Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 1969.
43. *Fortner Enters., Inc. v. United States Steel Corp.*, 429 U.S. 610, 1977.
44. Simon N. Whitney, *Antitrust Policies*, Nueva York, Twentieth Century Fund, 1958, pág. 104, citando a Paul H. Giddens, *Standard Oil Company (Indiana)*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1955, pág. 131.
45. Thurman Arnold, *The Floklore of Capitalism*, New Haven, CT, Yale University Press, 1937, pág. 211.
46. Gifford y Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, pág. 235.
47. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, DC, Cir. 2001.
48. Comunicado de prensa del Departamento de Justicia, 6 de septiembre de 2001.

## **Capítulo 8**

1. "Three More Executives Are Indicted in Global DRAM Cartelization Conspiracy", *Antitrust and Trade Regulation Report* 91, 20 de octubre de 2006, págs. 413, 414.
2. Tony Freyer, *Regulating Big Business*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pág. 6.
3. Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, St. Paul, MN, Thomson-West, 2002, pág. 85.
4. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. 36.
5. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 1911.
6. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 1927.
7. *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211, 1951.
8. "Company, President Face Charges of Rigging Bids on Aluminum Products", *Antitrust and Trade Regulation Report* 70, 25 de abril de 1996, pág. 458.
9. "Indiana Concrete Producer, Officer Plead Guilty to Fixing Ready-Mix Concrete Prices", *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 26 de abril de 2006, pág. 490.
10. *Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392.
11. *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 1933.
12. *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 1940.
13. *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1, 1979.
14. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, quinta edición, Chicago, ABA Publishing, 2002, pág. 92.
15. Ibíd., pág. 58.
16. Ibíd., pág. 82.

17. *Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, págs. 397-98.
18. *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 1967.
19. Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Federal de Comercio, Revisión del artículo 4 de *Horizontal Merger Guidelines*, 8 de abril de 1997.
20. “DOJ Closes AT&T/Bell South Probe; Merger Isn’t Likely to Reduce Competition”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 91, 13 de octubre de 2006, pág. 381.
21. Thomas B. Leary, “The Essential Stability of Merger Policy in the United States”, *Antitrust Law Journal* 70, 2002, págs. 105, 107, 118.
22. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust Law in Perspective*, pág. 98.
23. *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, 28 de abril de 2006, pág. 490.
24. Joseph E. Seagram & Sons, Inc., 340 U.S. 211, 213.
25. *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 380, 1967.
26. Howard P. Marvel, Jeffrey M. Netter y Anthony M. Robinson, “Price Fixing and Civil Damages: An Economic Analysis”, *Stanford Law Review* 40, febrero de 1988, págs. 561, 575, citado en Fred S. McChesney y William F. Shughart II, *The Causes and Consequences of Antitrust*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pág. 31.
27. Michael F. Sproul, “Antitrust and Prices”, *Journal of Political Economy* 101, 1993, págs. 741, 753, citado en McChesney y Shughart, *The Causes and Consequences of Antitrust*, pág. 32.
28. Robert W. Crandall y Clifford Winston, “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, *Journal of Economic Perspectives* 17, 2003, págs. 3, 15.
29. Robert A. Levy, *Shakedown*, Washington, Cato Institute, 2004, pág. 311.
30. Richard A. Epstein, *Principles for a Free Society*, Cambridge, MA, Perseus Publishing, 1998, pág. 91.
31. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust Law in Perspective*, pág. 97.
32. Sproul, “Antitrust and Prices”, citado en McChesney y Shughart, *The Causes and Consequences of Antitrust*, pág. 32; Crandall y Winston, “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare?”, págs. 3, 15.
33. D. T. Armentano, *Antitrust Policy*, Washington, Cato Institute, 1986, pág. 62.
34. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust Law in Perspective*, pág. 97.
35. “Indiana Concrete Producer, Officer Plead Guilty”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 90, pág. 490.
36. *Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392; Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150.
37. *Appalachian Coals, Inc.*, 288 U.S. 344; Broadcast Music, Inc. v. CBS, 441 U.S. 1, 1979.
38. *Acquisitions-Boeing Co.*, 5 Trade Reg. Rep. (CCH), párrafos 24, 295, Comisión Federal de Comercio, 1 de julio 1997.
39. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 2d Cir. 1945.
40. Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Nueva York, W.W. Norton & Co., 2002, pág. 172.
41. Ibíd., pág. 178.
42. “Don’t Call It a Cartel, but World Aluminum Has Forged New Order”, *Wall Street Journal*, 9 de junio de 1994.
43. “Aluminum Makers Are Expected to Post Sharp Profit Increases for 3rd Period”, *Wall Street Journal*, 29 de septiembre de 1995.
44. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, pág. 175.

45. "Company, President Face Charges of Rigging Bids", *Antitrust and Trade Regulation Report* 70, pág. 458.
46. Eric Norton y Martin Du Bois, "Justice Department Closes Antitrust Probe into Aluminum Pact", *Wall Street Journal*, 16 de mayo de 1997.
47. "Don't Call It a Cartel", *Wall Street Journal*.
48. Final Report, International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust, 28 de febrero de 2000, pág. 166, en línea: www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm.
49. *United States v. Brown University*, 805 F. Supp. 288, E.D. Pa., 1992.
50. Robert Pitofsky, Harvey J. Goldschmid y Diane P. Weed, *Trade Regulation*, Westbury, NY, Foundation Press, 2003, pág. 275.
51. Gavil, Kovacic y Baker, *Antitrust Law in Perspective*, pág. 96.
52. "Roundtable Conference with Enforcement Officials", *Antitrust Law Journal* 68, 2000, pág. 614.
53. *Nash v. United States*, 229 U.S. 373, 376, 1913.
54. Sección de Derecho Antimonopólico del Colegio de Abogados de Estados Unidos, *Antitrust Law Developments*, Chicago, ABA Publishing, 1975, pág. 236.
55. 15 U.S.C., capítulo 1, § 15.
56. "Court Approves Record Settlement and Over \$220 Million in Counsel Fees", *Antitrust and Trade Regulation Report* 86, 9 de enero de 2004, pág. 5.

## Capítulo 9

1. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 408.
2. Frederick M. Rowe, "The Decline of Antitrust and the Delusions of Models", *Georgetown Law Journal* 72, 1984, págs. 1511, 1569.
3. D. T. Armentano, *The Myths of Antitrust*, Nueva York, Arlington House, 1972, pág. 279.
4. Abe Fortas, prólogo de A. D. Neale y D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States of America*, tercera edición, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pág. v. (énfasis del autor), citado en Daniel J. Gifford y Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, segunda edición, Nueva York, Anderson Publishing Co., 2002, pág. 1.
5. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, Basic Books, 1978, pág. 409.
6. Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, New Haven, CT, Yale University Press, 1937, págs. 211-12.
7. Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, pág. 229.
8. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d, págs. 34, 72, 74, D.C., Cir. 2001).
9. Robert W. Crandall y Clifford Winston, "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives* 17, 2003, págs. 3, 4.
10. Milton Handler, "Reforming the Antitrust Laws", *Columbia Law Review* 82, noviembre de 1982, pág. 103.
11. Gary Hull, ed., *The Abolition of Antitrust*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2005, pág. ix.
12. D. T. Armentano, *Antitrust Policy*, Washington, Cato Institute, 1986, pág. 74.

13. Ibíd., pág. 13.
14. Phillip Areeda y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, quinta edición, Nueva York, Aspen Law and Business, 1997, pág. 12.
15. “Muris Discusses Methods to Improve Economic Foundations of Competition Policy”, *Antitrust and Trade Regulation Report* 84, 17 de enero de 2003, págs. 34, 35: “En conclusión, Muris advirtió que ‘hay mucho por hacer para garantizar que el antimonopolio evite los errores del pasado’”.
16. Eleanor M. Fox y Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, MN, West Publishing Co., 1989, pág. 738: “La decisión en E. C. Knight fue una derrota para el antimonopolio”.
17. Lawrence A. Sullivan y Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul, MN, Thomson-West, 2000, pág. 10, citado en Daniel J. Gifford y Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Materials*, segunda edición, Cincinnati, OH, Anderson Publishing Co., 2002, pág. 27.
18. Thomas J. DiLorenzo, *How Capitalism Saved America*, Nueva York, Crown Forum, 2004, pág. 135.
19. Ibíd., pág. 155.
20. Arnold, *Folklore of Capitalism*, pág. 211.



## Acerca del autor

Edwin S. Rockefeller se graduó de Yale College y Yale Law School. Tiene una maestría de la Johns Hopkins School of Advanced International Studies. Después de obtener su título en derecho estuvo dos años trabajando en la Agencia de Inteligencia Central (CIA), tres años en el U.S. Army Judge Advocate General's Corps y cuatro años en el personal de la Comisión Federal de Comercio (FTC).

Desde 1961 hasta 2001 ejerció la carrera de derecho en el ámbito privado en Washington. Sus clientes incluyen Canada Dry, General Motors, Jantzen, Kellogg, Norton Simon, Puritan Fashions y Weterhaeuser. Él argumentó un caso ante la Corte Suprema que involucraba la concesión de permisos de publicidad discriminatoria y perdió. Rockefeller defendió a General Motors de una acusación por parte de la FTC de que la empresa estaba monopolizando su inventario de piezas de "choque" y ganó. Aunque la comisión decidió todas las cuestiones de hecho y de la ley en contra de la empresa, después de cinco años de litigio, la comisión retiró los cargos porque, debido a motivos prácticos, esta no podía obligar a General Motors a vender piezas sin elegir sus clientes.

El Sr. Rockefeller ha sido director de la Sección de Ley Antimonopolio del Colegio de Abogados de EE.UU. y profesor adjunto de derecho en el Georgetown University Law Center. Desde 1961 ha sido director de la junta asesora de la publicación del Buró de Asuntos Nacionales, *Trade Regulation Report*.

Sus publicaciones anteriores son las siguientes:

*Antitrust Questions and Answers* (Washington: Buró de Asuntos Nacionales, 1974).

*Desk Book of Federal Trade Commission Practice and Procedure*, Tercera edición (Nueva York: Practicing Law Institute, 1979).

*Antitrust Counseling for the 1980s* (Washington: Buró de Asuntos Nacionales, 1983).



Cato Institute  
1000 Massachusetts Ave., N.W.  
Washington, D.C. 20001  
[www.elcato.org](http://www.elcato.org)  
[www.cato.org](http://www.cato.org)