

Absurdos de la monopolización: Los peligros de los remedios estructurales previstos en la Sección 2 del Sherman Act*

RICHARD A. EPSTEIN**

Bachiller en Leyes por la Universidad de Yale.
Profesor "Laurence A. Tisch" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.
Miembro Senior "Peter and Kirsten Bedford", Institución Hoover.
Distinguido Profesor de Derecho "James Parker Hall", Universidad de Chicago.

SUMARIO:

- I. La combinación "uno – dos" en el Derecho Antitrust.
- II. Patentes y Monopolización.
- III. El caso Alcoa:
 1. Definición de Mercado;
 2. Poder de Mercado y Acciones Ilegales.
- IV. Más allá de Alcoa:
 1. United Shoe Machinery;
 2. AT&T;
 3. Microsoft.
- V. Conclusión.

* La traducción del presente artículo fue realizada por Fernando Salhuana Quiroz, alumno del décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Agradecemos el apoyo de Carlos Jiménez, profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, quien nos apoyó en la traducción del presente artículo.

** Distinguido Profesor de Derecho James Parker Hall, Universidad de Chicago; Miembro Senior Peter and Kirsten Bedford, Institución Hoover; Profesor Visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York. También, me he beneficiado de comentarios en la sesión Work-in Progress realizada en Septiembre de 2008, en la Universidad de Chicago. Mi agradecimiento a Christopher Sprigman por sus insistentes e instructivas preguntas, y a Jeana M. Bissar, Clase 2010 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, por su valiosa asistencia en la investigación.

I. LA COMBINACIÓN “UNO – DOS” EN EL DERECHO ANTITRUST

En los Estados Unidos, la moderna legislación antitrust está dividida, esencialmente, en dos partes. La primera parte de la ley, cubre las acciones coordinadas, en donde un grupo de individuos o firmas se juntan para tomar decisiones acerca de la cantidad, términos y precios de los bienes y servicios que comercializan en el mercado. La segunda parte de la ley, regula las decisiones unilaterales hechas por una empresa que, de manera individual, toma decisiones sobre la cantidad, términos y precio de los bienes y servicios que venderá en el mercado. En general, esta división básica tiene mucho sentido. La principal preocupación, respecto a los distintos acuerdos horizontales es que las empresas coludidas – es decir, aquéllas que cooperan en vías de generar consecuencias sociales negativas – mejorarán su bienestar privado mientras que el bienestar social disminuirá, moviendo al mercado desde una posición de competencia hacia una de monopolio. Las preocupaciones generales, son un poco diferentes respecto a empresas que tienen cierto dominio del mercado, por el momento, la investigación es identificar comportamientos antisociales o abusivos.

La justificación intelectual para imponer remedios ante acciones cooperativas inapropiadas es sencilla. En la amplia variedad de ataques contra los acuerdos horizontales, la afirmación común es que la acción colectiva limita la producción, aumenta los precios y, lo más importante, ge-

nera pérdidas irre recuperables.¹ El remedio para la reparación de estos daños produce que este comportamiento antisocial sea costoso para las partes involucradas. La medida adoptada por la Corte, ya sea ordenando el cese o la realización de una conducta, previene cualquier posible repetición de un acuerdo de precios o división de territorios. La regulación más compleja en materia de fusiones ayuda, aunque de manera imperfecta, a desentrañar aquellas fusiones que, implícitamente, ante un cálculo sometido a la regla de la razón, sugieren que los efectos restrictivos superarán a las eficiencias.² Nadie puede alegar que este cálculo resulte fácil, dada la necesidad de brindar una descripción precisa de la definición del mercado.³ Pero, siempre existe un margen maniobra en los casos de fusiones, porque lo peor que puede suceder, si es que la fusión es vetada, es que el statu quo anterior se mantenga y no produzca costos masivos por la aplicación de un remedio. Y, por mantener una concentración baja, existirá al menos una oportunidad de reducir los casos de colusión tácita entre las empresas concurrentes en el mercado.

La situación de los remedios en transacciones unilaterales resulta no ser muy clara; por el momento, la atención se centra en una empresa que posee cierto grado de poder monopolístico que podrá ser utilizado de manera “abusiva”. Aunque, es aquí donde empieza la dificultad. La definición de un “abuso” es difícil de precisar una vez que los casos de cárteles se han dejado de lado. Tampoco, es que exista algún remedio simple para preservar el statu quo. La intervención

1. Por el momento, he puesto a un lado las complicaciones que requiere alguna calificación bajo la regla general de legalidad per se que, correctamente, domina esta área. Para la definición clásica de la regla de la razón, en conexión con un acuerdo horizontal favorable, ver *Board of Trade of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231 (1918) (“La verdadera prueba de la legalidad, es si la restricción impuesta es tal que simplemente regula y que tal vez, por ello, promueve la competencia o si de alguna manera podría suprimir o incluso destruir la misma”).
2. Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Federal Trade Commission, Lineamientos para Fusiones Horizontales § 4 (1992, revisados en 1997), disponibles en <http://www.ftc.gov/c/docs/horizmer.htm>.
3. Para dar un ejemplo que actualmente se discute, si Google y Yahoo operan en el mercado de publicidad en línea, entonces la consolidación de sus cuotas de mercado 62% y 20%, respectivamente, podría generar un fuerte aumento del poder de mercado. Pero, si la publicidad en línea es sólo un segmento de un mercado más grande de publicidad, esta fusión no sería problemática. Ver, e.g., Peter Whoriskey, *Google-Yahoo Deal Raises Antitrust Fears*, *Washington Post*, 14 de junio de 2008, en DOI, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/13/AR2008061303494.html>; Michael Liedtke, *Judges signal challenge to Google-Yahoo deal*, *Yahoo! News*, 9 de septiembre de 2008, http://news.yahoo.com/s/ap/20080909/ap_on_hi_te/google_yahoo.

judicial es necesaria para modificar la situación, en caso exista un abuso de poder monopólico. No obstante, existen dos preguntas fundamentales sobre el por qué esto debería realizarse y como podría ser ejecutado.

He escogido el título "Absurdos de la Monopolización" para este trabajo, porque pienso que los defensores de una tradición agresiva en hacer cumplir la legislación antitrust no pueden responder estos dos desafíos, en la forma que hagan valer la pena la realización de este emprendimiento. Hay algo que decir sobre los modestos remedios de "conducta" que limitan ciertos tipos de disposiciones contractuales. La mejor evaluación de éstos es que hacen poco bien, pero, por la misma razón, hacen poco daño también. Lo mismo no puede decirse del esfuerzo más ambicioso, consistente en imponer remedios "estructurales" tendientes a romper la estructura unitaria corporativa de las empresas.

Para demostrar esta teoría, comenzaré ofreciendo una simple analogía con las patentes para explicar las dificultades con todas las teorías de la monopolización. Así como las patentes, la monopolización tiene una estructura similar a Jano. En el corto plazo, le impone costos a los consumidores, pero, en el largo plazo, genera beneficios a través de la creación de incentivos, para que las firmas innoven y compitan. Para mostrar como estas fuerzas interactúan, haré un minucioso examen al primero de los casos "estructurales" de des-monopolización, *United States v. Alcoa*, en la que el Juez Hand, escribió una elegante, incluso inspiradora opinión que, equivocadamente, ordenó la separación del gigante de la industria de aluminio, Alcoa. Luego, continuaré con breves resúmenes de otros tres casos de monopolización relacionados con *United Shoe Machinery*, *AT&T* y *Microsoft*.⁴ La conclusión a la que llegamos luego del estudio de estos casos es que el derecho antitrust camina hacia terrenos peligrosos, cuando agresivamente quiere imponer remedios estructurales, sin tener un conocimiento claro de cómo las fuerzas

tecnológicas determinarán los cambios en las estructuras del mercado. Este conocimiento tan claro, en los hechos resulta muy difícil de adquirir. En algunos casos de monopolización, el nivel de competencia es mayor al que sospechan las entidades del gobierno o las Cortes, así que las demandas tienen poco valor. En otros casos, especialmente aquellos que involucran a las industrias de redes, las ventajas y desventajas que se presentan en estos temas, como la tasa de innovación en ambientes monopólicos desafían una fácil solución. En estos contextos, la necesidad de equilibrar los costos administrativos y reducir la sistemática incertidumbre que genera la acción del gobierno produce mayores fricciones. Un enfoque más modesto, favorable a los remedios de conductas que encajan para determinadas prácticas abusivas, probablemente, generará un mayor beneficio a un costo menor.

II. PATENTES Y MONOPOLIZACIÓN

El punto clave para la comprensión de todos los casos de la Sección 2, es que ellos no se pueden sustentar en la fuerte doctrina de los acuerdos horizontales que subyace la Sección 1 del Sherman Act. Bajo el análisis de la Sección 2, la colusión o combinación, por definición, no explica los efectos competitivos alegados. En efecto, en un sentido, las consecuencias sociales de hacer funcionar un monopolio unitario son las mismas, si se adquirió legalmente o, a través, de las variadas formas de actividad ilegal. Por lo tanto, sería un error imponer el mismo conjunto de sanciones a las empresas que han adquirido sus posiciones privilegiadas, mediante caminos sustantivamente diferentes. Para una empresa que ha participado en una actividad ilícita, un régimen legal que le deniegue los beneficios futuros de su comportamiento tiene el efecto deseado de disuadir comportamientos inapropiados. En ausencia de comportamientos ilegales previos, la balanza se mueve a la dirección opuesta. Cualquier forma de penalidades impuestas por el Estado tendrá el efecto indirecto de desalentar los comportamientos deseados

4. Mi única excusa para el trato más corto es que la discusión completa y más profunda de estos tres casos en mi monografía del año 2007, EPSTEIN, Richard A., *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice*.

que permitieron a la empresa alcanzar su posición preeminente.

Este punto, es usualmente pasado por alto en las discusiones referidas a los remedios apropiados para los casos de monopolización. Es un error centrarse, exclusivamente, en aquellos comportamientos que ocurren una vez que la empresa ha obtenido su posición dominante. Igualmente, es importante preguntar desde una perspectiva descriptiva y normativa si las proyecciones de ganancias monopólicas sirven como un deseable estímulo que puede atraer ciertas formas de innovación de manera más rápida.

Podría hacerse una analogía al sistema de patentes, el mismo que otorga el derecho exclusivo de usar procesos o inventos por un período limitado. Es bien sabido que el lado negativo de un sistema de patentes es la restricción del uso de información que puede ser reproducida a un costo marginal cercano a cero.⁵ Pero, también es comúnmente aceptado que esta restricción está justificada al ser la única manera para promover la creación de una nueva invención. Situaciones similares existen respecto a otras formas de monopolización. Sanciones más duras contra la monopolización pueden retrasar la introducción de aquellas invenciones que son dignas de imitar. Al momento de establecer un balance para el cumplimiento de la ley, es por lo tanto necesario hacer una estimación de la pérdida neta del beneficio social, a través de la creación de pérdidas irre recuperables. De lo contrario, podemos repetir el error de una generación anterior de aplicación de la legislación antitrust, que identificó erróneamente los objetivos y, en consecuencia, redujo la eficiencia general del sistema económico.

En el caso de los patentes, la pérdida neta es a menudo pequeña, porque los requisitos de divulgación previstos en la ley ayudan a estimular la creación de nuevas invenciones que son creadas por otras empresas distintas al monopolista de la patente, sirviendo como sustitutos (que reducen los beneficios monopólicos para el inventor o su cesionario) o complementos (haciendo que el uso de la invención sea más valioso, tanto para el inventor como para los compradores y usuarios de la invención).

En efecto, es posible medir, aproximadamente, los beneficios del sistema de patentes (i.e., el monopolio). Supongamos, para fines del ejemplo, que las pérdidas irre recuperables derivadas de una invención en particular equivalgan al 15% del beneficio social generado por la producción en un nivel competitivo, que es normalmente el promedio de los rangos usualmente estimados.⁶ Podemos hacer el siguiente cálculo: ¿Cuánto tiempo será necesario que transcurra, para que el sistema de patentes avance en el ciclo de la innovación, a fin de compensar el 15% en las pérdidas irre recuperables? Mucho dependerá de la tasa de descuento elegida, pero, si la tasa de descuento se coloca justo por encima del 3%, un avance de cinco años en el tiempo de la innovación, sería más que suficiente, para que se pague por sí misma. Dado que, los niveles de innovación son acumulativos, a través de las generaciones de la línea de productos, parece que el ritmo de la nueva innovación es mayor, compensando las pérdidas sufridas por los costos irre recuperables. Las invenciones de segunda generación llegan más rápido a la línea, porque existe un dominio público más amplio y mayores publicaciones de patentes por parte de actividades anteriores.

5. Ver, e.g., NORDHAUS, William D., *Schumpeterian Profits in the American Economy: Theory and Measurement*, (Cowles Foundation Discussion Paper No. 1457, April 2004), <http://cowles.econ.yale.edu/P/cd/r14b/d1457.pdf> (discusión sobre la dependencia de los beneficios de la innovación en la "apropiación de la ganancia", frente a la potencial reducción de los ingresos por nuevas fuentes de competencia).

6. Para discusión de los probables niveles de costos hundidos y de algunos factores atenuantes, ver EPSTEIN, Richard A., *Intellectual Property for the Technological Age 11-12* (2006), http://www.nam.org/~/media/Files/r_s_nam/docs/236800/236749.pdf (ashx).

Sin duda, este cálculo general no define de forma precisa los contornos del derecho de patentes respecto a asuntos críticos relacionados con el alcance y la duración de la patente. Sin embargo, nos brinda una idea clara para descubrir que el rechazo total a un sistema de patentes, no asegura que se produzcan mayores invenciones en el mercado. Dicho de otra manera, la eliminación de las pérdidas irre recuperables genera en el sistema otros costos. De hecho, esto ha sido reconocido implícitamente por el Congreso que, al menos en esta ocasión, parece haber respondido menos a las presiones de la teoría del "Public Choice" que a los reclamos generalizados de una baja comercialización.⁷ En 1980, la Bayh-Dole Act⁸ estableció un deber de buena fe para las universidades cuyos departamentos de investigación hayan recibido fondos federales para investigar sobre la posibilidad de la comercialización de sus invenciones, a través del sistema de patentes. En concordancia, esta legislación parte de la premisa de que mantener algunas invenciones en el dominio público reduce el nivel de innovación. En ese sentido, quienes reciben subvenciones del gobierno tienen la obligación de ver si sus invenciones deben ser patentadas, sobre la base de que la protección de las patentes puede fomentar el comercio.⁹ Para decirlo de otra forma, si es posible, en algunos casos, obtener lo mejor de ambos mundos: una temprana y más amplia comercialización, mediante una fuerte protección de los derechos de patente.

El enfoque básico que hemos utilizado para las patentes, debe ayudar a configurar el trata-

miento de la monopolización bajo el derecho antitrust. Deberíamos estar preocupados sobre la forma cómo una empresa llegó a ostentar el poder monopolístico, porque cualquier esfuerzo de aplicar la doctrina de la anti-monopolización viene con el costo potencial de retrasar la innovación. El atractivo de la innovación está en la posibilidad de obtener, al menos en un corto plazo, beneficios monopolísticos. Esta dinámica se mantiene igual, así la empresa ejerza control o no sobre su posición, a través de patentes. En ambos casos, existen buenas razones para creer que las pérdidas derivadas de la monopolización son relativamente pequeñas, en comparación a los costos surgidos por el retraso en la innovación.¹⁰ El monopolio produce algunos costos irre recuperables, pero, también genera un importante excedente a favor del productor, así como un excedente para el consumidor. El primer excedente es generado por la posibilidad de vender productos a precios por encima del costo marginal de producción. El segundo excedente se genera porque algunos compradores tienen un precio de reserva que excede al precio monopolístico. La magnitud del costo de oportunidad depende de la innovación, que, normalmente, no es el sello distintivo de las empresas que ganan poder monopolístico ya sea, a través de una colusión o mediante una fusión.¹¹ Sin embargo, aun no recuerdo haber visto un reconocimiento explícito en los casos de monopolización que el mismo costo de oportunidad entre las pérdidas de los consumidores y la disminución de la innovación aplicada en el área de patentes, también pueda aplicarse en el área del derecho antitrust. En cambio, la mayoría

7. Para un breve resumen de Bayh - Dole, ver EISENBERG, Rebecca S. *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research*, 82 Va. L. Rev. 1663, 1665-66, 1691-95 (1996).
8. Pub. L. No. 96-517, 94 Stat. 3018 (1980) (Codificado como enmienda a la 35 U.S.C. §§ 200-212 (2006)).
9. Para la defensa de la aproximación a la comercialización de las patentes, ver KIEFF, Scott, *Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions*, 85 Minn. L. Rev. 697 (2000); KIEFF, Scott & PAREDES, Troy A. *The Basics Matter: At the Periphery of Intellectual Property*, 73 Geo. Wash. L. Rev. 174 (2004).
10. Ver: EPSTEIN, *supra* nota 6.
11. Por lo que he podido ver, no hay un costo paralelo asociado a realizar una fuerte condena social de casos que involucran fijación de precios estándar y división de territorio, los mismos que están comprendidos dentro de la Sección 1 del Sherman Act. Tomé esta línea en EPSTEIN, Richard A. *Monopoly Dominance or Level Playing Field: The New Antitrust Paradox*, 72 U. Chi. L. Rev. 49 (2005).

de las discusiones tienen una visión muy parcial sobre esta materia, ignorando la velocidad de la innovación derivada de la monopolización.

Alcoa, United Shoe Machinery y Microsoft, sufrieron del exceso de optimismo sobre la capacidad de la Sección 2 para generar el bienestar social. En la práctica, los excesivos recursos usualmente utilizados en estos casos estarían mejor utilizados en los casos correspondientes a la Sección 1 que regula la fijación de precios y la división de territorio.

III. EL CASO ALCOA

La fuerza de esta hipótesis básica recibe su confirmación inicial de lo que queda del caso más importante de monopolización: *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*.¹² Un aspecto inquietante de Alcoa, es que fue iniciado por el Departamento de Justicia, que había sido recientemente vigorizado por Robert Jackson, en la misma época que se inició la equivocada acusación a la empresa Socony-Vacuum, en la que Alcoa llegó a confiar. En Alcoa, el juez Hand arribó a la famosa conclusión de que los Estados Unidos hizo un buen caso al separar la empresa, aún pendiente de revisión por el Tribunal inferior, a la luz de los cambios en las circunstancias durante la Segunda Guerra Mundial.¹³ Hand comienza de manera promisorio, indicando que la mera posesión de poder monopolístico no es la fuente de una infracción a la legislación antitrust.¹⁴ Esta posición sensata, reconoce que el mero hecho de dominar un mercado es consistente con la excelencia en la producción

y la innovación, así como con la participación en prácticas indeseables. Sin embargo, después de este buen comienzo, su decisión se descarrila y pone de relieve el enorme peligro asumido por la adopción de medidas excesivas que es inherente en todos los casos de monopolización. La estructura teórica de lo que constituye monopolización es débil y no se yuxtapone correctamente con el evidente interés de la Corte de dividir una empresa declarada culpable de prácticas monopolísticas. Las consecuencias dramáticas de la monopolización deberían advertir al Tribunal, de actuar con cautela antes de la imposición de este último recurso. Por tanto, resulta irónico que la decisión original de Alcoa mostrara un temerario abandono en la intención de empujar duro para ese resultado. Es ilustrativo ver cuáles fueron los vacíos en los argumentos iniciales.

El primero de estos vacíos, consiste en un riesgo crónico en todos los casos de aplicación de la Sección 2: grandiosas ambiciones. En particular, el juez Hand fue víctima, en el caso Alcoa, de la imprudente tentación de exprimir la legislación antitrust más de lo que razonablemente ésta podría contener. Por lo tanto, en su opinión, el objetivo básico de la eficiencia económica no agota el potencial de la legislación antitrust. Temas mayores están en juego: *“a lo largo de la historia de estas normas, ha sido constantemente asumida que uno de sus propósitos era perpetuar y conservar, por sí misma y, a pesar de cualquier costo, una organización de la industria consistente en pequeñas unidades que puedan competir efectivamente entre sí.”*¹⁵

12. 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Para un resumen más agudo del caso, ver Spencer Weber Waller, *The Story of Alcoa: The Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases*, in *Antitrust Stories* 121 (FOX, Eleanor M. and CRANE, Daniel A. eds., 2007).

13. Tenga en cuenta que la desintegración nunca ocurrió, porque la creación tanto de Kaiser Aluminium como de Reynolds Aluminium después de la Segunda Guerra Mundial, generó más competencia en el mercado de aluminio sin necesidad de las distorsiones de una desintegración. Ver *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 91 F. Supp. 333 (S.D.N.Y. 1950) (notando el cambio en la posición del mercado desde 1940, respecto a los competidores, quienes últimamente consentían algunas de las solicitudes de acciones compensatorias) y *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 153 F. Supp. 132 (S.D.N.Y. 1957) (que rechazaba la petición del gobierno de extender la jurisdicción por un período de cinco años) para el resto de la saga.

14. 148 F.2d en 427-28.

15. 148 F.2d en 429.

Los detalles del análisis no soportan este noble sentimiento. La definición de “competir eficazmente” en este pasaje no es clara, pese a lo que los comentarios de Hand parecen sugerir, pero no termina diciendo que los monopolios naturales no deben ser tolerados, incluso cuando ofrezcan un modo eficiente de la producción. ¿De qué otra manera podemos explicar la preferencia por “pequeñas unidades”? Peor, las palabras “por su propio bien y, a pesar del costo que sea posible,” son consistentes con un régimen legal que impone costos muy altos para muy pocos beneficios.

La lógica del Juez Hand, da motivos reales para preocuparse. Hay una evidente desconexión entre el derecho antitrust y la política cada vez que se dice, por un lado, que los contratos son ilegales per se (“absolutamente prohibidos”) y, “beneficiosos” por el otro. Claramente, el objetivo de la política social consiste en identificar y hacer cumplir los contratos que muestran una correlación positiva entre las ganancias privadas de las partes en la transacción y el resto del orden social. El contrato voluntario produce externalidades positivas, mediante el incremento de las posibilidades de comercio para terceros. Es sólo en los cárteles, en los repartos de mercado y en acuerdos horizontales similares en los que se produce una limitación de estas alternativas. Esta diferencia, debería darnos alguna pista sobre cuándo y dónde queremos una regla de ilegalidad per se. En algunos casos, como en *Trenton Potteries*¹⁶, en los que Hand se apoya, tenemos una amplia variedad de cárteles. En casos de este tipo, permitir a un participante presentar alguna prueba de que los precios acordados son “razonables” puede

destruir la regla. Hay una tasa de error mucho menor, si la información de precios ya no es una falsa alarma que permite a los jurados absolver a los culpables. En este caso, la información estructural nos proporciona todo lo que se necesita saber acerca de los efectos antisociales del precio monopólico. No es el caso tener que realizar una investigación más exhaustiva sobre el comportamiento de los precios que produce resultados menos fiables que la alternativa regla per se, que produce resultados más fiables a un costo menor.

Hand, también se basa en *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*,¹⁷ sin percibir el abismo que lo separa de *Trenton Potteries*. Ese caso, surgió de un esfuerzo inútil y permanente para manejar el exceso de producción de petróleo en los campos de Texas, llevando los precios en el mercado spot a niveles excesivamente (“ruinosamente”) bajos. La administración Roosevelt estaba dispuesta a frenar el suministro, sin necesidad de eliminar a los pequeños productores independientes de petróleo. Antes de este litigio, se autorizó un régimen en el que cada una de las grandes compañías petroleras tomó en específico un pequeño productor como “pareja de balle”, del cual compraría el exceso de producción del denominado “petróleo caliente”. Este plan, fue dejado sin efecto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, no por su diseño, sino por la indebida delegación que hacía a los particulares.¹⁸ Sin embargo, después de su anulación, las grandes compañías petroleras continuaron implementando el plan, sin la autorización explícita del gobierno. En este extraño contexto social, resulta ser una pregunta mucho más difícil que en *Trenton Potteries*,

16. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) (el acuerdo para fijar y mantener precios uniformes para la venta de sanitarios de cerámica se declaró ilegal, pese a los argumentos de que los precios fijados eran razonables).
17. 310 U.S. 150 (1940). Para la discusión del caso, ver: CRANE, Daniel A. *The Story of United States v. Socony-Vacuum: Hot Oil and Antitrust in the Two New Deals*, in *Antitrust Stories* 91 (FOX, Eleanor M. & CRANE, Daniel A. eds., 2007).
18. *Panama Refining Co. v. Amazon Petroleum Corp.*, 293 U.S. 388 (1935) (acerca de la falta de estándares administrativos para el Presidente, bajo la National Industry Recovery Act, respecto al “petróleo caliente” materia del caso). Asimismo, ver *A.L.A. Schechter v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) (encontrando que el papel de los asociados industriales bajo cualquier parte de la misma Acta constituía una delegación inconstitucional de facultades legislativas al Poder Ejecutivo y a empresas privadas).

si es que debía existir algún tipo de responsabilidad derivada de la legislación antitrust y, más aún bajo una regla *per se*, por dos razones. En primer lugar, existe alguna evidencia de que los participantes en este esquema tenían la bendición implícita por parte de altos funcionarios de la administración Roosevelt. Asimismo, sus esfuerzos se asemejaban muy poco a la disposición secreta de un cartel estándar. En segundo lugar, la compleja interacción entre la producción y distribución del petróleo (debido a los riesgos de la destrucción o cierre de los campos petroleros) lo hizo incierto, así como si el sistema de asignación adoptado por las grandes compañías era socialmente beneficioso o no. En cualquier escenario, éste no parece el típico cartel si las grandes compañías operaron a pérdida para estabilizar el mercado. De hecho, sobre esta cuestión, aún se está deliberando sobre si este programa tenía algún sentido. En consecuencia, dada la historia de estas prácticas idiosincrásicas, lo más sensato para el Departamento de Justicia era lanzar advertencias directas a los actores principales. El Departamento de Justicia, debió haberse contentado con emitir cartas de advertencia a los participantes, informándoles que, en caso continuasen con sus actuales prácticas de distribución, se les aplicaría sanciones penales. En ese momento, las compañías petroleras podrían haber cesado estas anteriores prácticas de una manera ordenada. Dadas las extrañas circunstancias, parece claro que las compañías habrían cumplido con el requerimiento del Departamento de Justicia y, posiblemente, acogido con beneplácito la oportunidad de salir de lo que pudo haber sido un sistema muy caro.

Lo llamativo de Alcoa es que no se parecía ni al caso *Socony-Vacuum* ni al caso *Trenton Potteries*. Como será evidente, el análisis económico de la posición y de las conductas de Alcoa y las prácticas no se asemeja a *Trenton Potteries*. De

la misma manera, no es extraña la ruptura en el lado de la producción de la industria que hace al caso *Socony-Vacuum*, muy peculiar. Por el contrario, en este caso el reto del enfoque *per se* del Juez Hand, consiste en haber ignorado por completo los beneficios de la ecuación, en un caso en el que es probable que sea significativo, dada la estrecha correlación entre monopolización e innovación. La defensa de Alcoa, no se fundamenta en la sencilla afirmación de que suministró al mercado de aluminio virgen a un precio razonable. Tampoco, resulta ser un extraño caso de intervención extraordinaria para calmar un mercado agitado. Por el contrario, el argumento simple de Alcoa consiste en que su empresa no posee el poder de mercado atribuido por el gobierno, por lo que su éxito en el mercado, se basó en su poder para innovar. Más concretamente, Alcoa insistió en que el esfuerzo del gobierno para calificar su comportamiento como una monopolización ilegal, falló en dos aspectos. En primer lugar, no hay monopolio si la definición de mercado era demasiado estrecha a la luz de las amenazas a su posición dominante. En segundo lugar, no hubo actos ilícitos de monopolización desde una correcta mirada a la pregunta. Las medidas adoptadas presentaban claras ventajas de eficiencia. Vale la pena abordar estos dos puntos brevemente.

1. Definición de Mercado

Es comúnmente entendido que la definición del mercado relevante es un requisito previo fundamental para cualquier análisis de monopolización. Sólo después de que el mercado es definido, puede utilizarse el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) a fin de estimar la posible extensión del poder de mercado de una empresa en el mercado definido.¹⁹ Cambie la definición del mercado y, también, cambiarán radicalmente las cuotas de mercado.²⁰ Lamentablemente, las teorías jurídicas de la definición del mercado

19. Ver: Departamento de Justicia de los Estados Unidos y Federal Trade Commission: *Lineamientos sobre Fusiones Horizontales* § 1.5 (1992, revisados en 1997), disponibles en <http://www.ftc.gov/c/acoa/horizmez.htm>.

20. Esta definición calcula el poder de mercado a partir de los porcentajes de participación de cada una de las empresas. Más precisamente, toma en cuenta la suma de los cuadrados de los porcentajes de participación de estas

no han estado a la altura de la enormidad de la tarea. Así, para tomar el ejemplo más simple, supongamos que dos commodities diferentes compiten entre sí respecto a algunos usos, pero no con respecto a todos. La pregunta es si estos productos deben ser tratados como parte del mismo mercado o no. Probablemente sí, en la medida que si existe algún nivel efectivo de sustitución sobre parte de la oferta, el supuesto monopolista se verá constreñido por las amenazas de los otros actores del mercado.

Pero, ¿cómo sabremos el nivel apropiado de coincidencia? De los muchos riesgos que caracterizan esta área, el más evidente es que las definiciones actuales de participación en el mercado son irremediamente estáticas al punto que ellas excluyen la competencia potencial de cualquiera de las dos fuentes, lo cual revela como el punto referido a la forma en que una empresa adquiere poder de mercado tiene fuertes implicancias dentro de cualquier evaluación del derecho antitrust sobre la legalidad de su posición. Una fuente potencial, es el movimiento del mismo producto desde otras regiones geográficas, una vez que los costos de transporte son más bajos que cualquier diferencia en los precios. La segunda fuente potencial, es el uso de diferentes productos para una parte de la oferta cuando el precio se mueva con fuerza hacia arriba. Dicho de otra manera, mientras más agresiva sea la empresa en la fijación del precio de sus mercancías, tendrá que hacer frente a un mayor número de competidores: lo cual ejercerá una presión constante para contener la subida del precio.

La famosa formulación del caso *Cellophane* podría constituir una falacia, por cuanto ella asume que la sustitución de productos al precio actual sólo se presentará dado el alto precio del celofán, sólo porque este precio atrae estos productos al mercado aquellos productos que no estarían si el celofán es vendido a un menor precio competitivo, pero usualmente desconocido.²¹

Por supuesto, la situación suele ser más compleja. No hay nada que diga que los productos sustitutos sean igualmente remotos, ya sea en el mercado de producto o en el mercado geográfico, por lo que cualquier empresa que tenga un producto con características físicas definidas (como el celofán) se enfrenta a un riesgo permanente de que el mercado se erosione cada vez que el precio se eleve. Además, la posición de la empresa podría perjudicarse rápidamente, si los nuevos ingresantes con nuevas tecnologías entran al mercado, como respuesta a los precios altos- especialmente, si es que la empresa entrante puede confiar en un nuevo producto patentado. El riesgo se mantiene aún, así la empresa dominante baja los precios de sus productos al precio competitivo que inicialmente tuvieron, ante la entrada de competidores. Después de todo, la nueva tecnología protegida permite un rendimiento igual a precios más bajos que el precio competitivo para la ahora mercancía obsoleta. Incluir, además una dosis de incertidumbre sobre el panorama actual y de largo plazo y la libertad de precios para la mayoría de bienes y servicios es en promedio menor de lo que uno podría suponer.

empresas. Cuando una sola empresa tiene todo el mercado, su porcentaje de participación es 100%, por lo que su índice es 100^2 o 10,000. Sólo dos empresas en el mismo mercado representan $50^2 + 50^2$, para 5,000. Las diferencias en la definición podrían llegar a 10 divisiones distintas en la participación del mercado y, por lo tanto, a un resultado completamente diferente bajo la prueba del HHI. De acuerdo a los lineamientos del Departamento de Justicia y de la Federal Trade Commission, un índice inferior a 1,000 por parte de la empresa resultante no genera atención. See *id.*

21. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 404 (1956). Para una crítica estándar, ver POSNER, Richard A. *Antitrust Law* 150 (2d ed. 2001) ("Una intercambiabilidad razonable al precio actual, lejos de demostrar la ausencia de poder monopolístico, podría ser evidencia de dicho poder desde que, para repetir una vez más, un monopolista vende en la porción elástica de su curva de demanda"). El punto "elemental" es, por supuesto, que cuando el monopolista está en una porción inelástica de la curva, una reducción de la oferta incrementará las ganancias y reducirá los costos. Por lo tanto, la reducción continuará hasta el punto en el que las reducciones resulten en pérdidas de ganancia, lo que ocurrirá en la porción elástica de la curva.

Dado que, la división de una empresa es costosa y los controles de precios están, por lo general, fuera del conocimiento del Derecho Antitrust, resulta dudoso que el Departamento de Justicia pueda formular un remedio efectivo ante el problema de la monopolización, abordando directamente los precios (altos) que la empresa cobra por sus productos. De ahí, el énfasis moderno sobre remedios que puedan directamente prohibir las formas identificadas como conductas anticompetitivas o cambiar la estructura de la empresa, de tal manera que vuelvan prácticamente imposible ejercer dichas formas de conductas; es decir, remedios que observen ciertos términos de prácticas que pueden ser prohibidas o remedios estructurales que ordenen la división de la empresa en sus partes constituyentes.

Estas dificultades en la definición de mercado no fueron, desde mi punto de vista, adecuadamente manejadas en *Alcoa*. Sin duda, el Juez Hand estaba en lo cierto cuando mencionaba que la participación de *Alcoa* en el mercado primario de aluminio, no disminuía únicamente porque fabricaba dentro de su propia planta algunos artículos vendidos en los mercados secundarios.²² No entenderlo así, propiciaría integraciones verticales, incluso aquellas ineficientes, como una forma de escapar de la aplicación del Derecho Antitrust. El tema central, es otorgarle a las empresas los incentivos comerciales correctos para que decidan si se integran verticalmente. Sin embargo, el sesgo a favor de la integración es excesivo, si se le permite a *Alcoa* remover el aluminio que utiliza para sus propios propósitos de cualquier informe sobre la definición de mercado.

El Juez Hand, no hizo bien el análisis de otras dos características de la definición del mercado, en este caso. La primera, se refiere a la existencia grandes cantidades de aluminio de segunda o

reciclado en el mercado. Una de las características de este producto es que no era un sustituto adecuado del aluminio virgen, debido a que había algunos usos de este producto respecto de los cuales dichos tipos de aluminio no era un sustituto adecuado.²³ No obstante, ésta no es una razón adecuada para retirar del mercado la totalidad de estos productos. *Alcoa*, tiene menor libertad de fijar sus precios en el manejo de estas fuentes secundarias, comparado al manejo que se presenta si es que no hay donde encontrarlos. De hecho, generalmente este abastecimiento de aluminio tiene más consecuencias que los productos reciclados, en otros casos. Así, en *United Shoe Machinery*,²⁴ la empresa buscó imponer restricciones a la reventa de la maquinaria existente. Uno puede dudar de la relevancia de dicha disposición en el comportamiento del mercado si es que la tasa de depreciación de la maquinaria es alta, si es que la reventa deja al comprador sin servicio y garantía de protección y, si la reventa sólo cubre parte de la línea de producción. En estas circunstancias, los compradores obtendrían pequeñas ganancias, si es que deben de competir con el anterior propietario de la maquinaria, quien adquirirá equipamiento superior o con cualquier otro agente del mercado.

El aluminio de segunda, tiene una relación distinta al mercado primario en el cual, ninguna de estas complicaciones reduce su valor. La depreciación, el servicio y las garantías, así como una competencia débil con el anterior propietario no son parte de esta figura. Por lo tanto, parece que la oferta actual debería importar y ejerce una fuerte presión sobre el precio del aluminio virgen. En efecto, esa es la conclusión arribada por Spencer Waller en su informe luego de su riguroso examen del caso, evidenciando que los rendimientos a mediados de la década de 1930 eran bastante altos – entre 21% y 30% del mercado.²⁵ Asimismo, reportó que en el ex-

22. 148 F.2d en 424.

23. 148 F.2d en 424.

24. *United States v. United Shoe Machinery Co.*, 247 U.S. 32 (1918).

25. WALLER, *supra* nota 12, en 131.

pediente del proceso no se encontró evidencia que *“Alcoa se haya comportado, actualmente, de esa manera, especialmente en una época en que la producción crecía exponencialmente”*.²⁶ Por tanto, pienso que a la vista de esta evidencia, Waller se equivocó al concluir que la oferta de productos de segunda debería, no obstante ello, estar excluida del mercado sobre la base de que esta oferta era altamente inelástica y el producto no lo sustituye en todos sus usos finales.²⁷ La inelasticidad siempre es una cuestión de grado. En consecuencia, la pregunta correcta sería sobre si Alcoa hubiese podido elevar sus precios si es que toda la oferta de productos de segunda hubiese sido retirada del mercado. La respuesta a esta pregunta parecería ser que sí, sin embargo no resulta claro cuánto lo hubiese podido elevar. Ante la presencia de una radical incertidumbre, la carga de la prueba debería de recaer sobre el gobierno.

El caso podría inclinarse en la dirección opuesta, si Alcoa hubiese podido discriminar precios ante aquellos consumidores que requerían aluminio virgen. Pero, una vez más, esta posibilidad parece poco probable en la ausencia de cláusulas que eviten la reventa de aluminio virgen por sus compradores originales, sobre lo cual no había evidencia en el caso. A fin de cuentas, parece que la sustitución por productos de segunda era más amplia que el rango del precio relevante. La conexión resulta ser muy cercana como para ignorarla. Seguramente, es preocupante que los factores claves para la definición del mercado puedan depender de tan delicadas cuestiones.

La situación es aún más confusa. Irónicamente, pese a que el Juez Hand excluyó para sus cálculos del mercado al aluminio de segunda, él

tomó en cuenta este producto en un segundo aspecto, en el sentido de que parece reconocerlo, al menos, como un sustituto parcial del aluminio virgen. Más precisamente, sostuvo que la producción inicial de aluminio virgen debería tener en cuenta la futura aparición del aluminio de segunda, sobre la base que: *“Estaba dentro del control de Alcoa, así como la producción de aluminio virgen que había servido como base”*.²⁸ Pero, esta proposición es exagerada. En efecto, la posición del Juez Hand evoca imágenes de los casos relativos a prácticas predatorias, sólo que aquí las ventajas y desventajas se invierten. En los casos de prácticas predatorias, siempre se realiza la pregunta sobre si las ganancias futuras podrán cubrir las pérdidas actuales, lo que por lo general es altamente improbable.²⁹

Nótese que Alcoa se enfrentó al “problema” opuesto. ¿Cómo podía renunciar a las ganancias monopólicas presentes, con el fin de reducir las pérdidas futuras? Aun así, el Juez Hand no discutió este tema, el aluminio virgen suele fabricarse para productos con una vida media – larga respetable, lo cual restringe su retroalimentación negativa, tanto por el tiempo de retraso, por un lado, y por la merma, en el otro. Es altamente improbable que el valor actual descontado de los riesgos futuros, cobre gran importancia en los cálculos inmediatos de Alcoa, a la luz de los hipotéticos beneficios monopólicos. Por tanto, debemos esperar un recorte pequeño en la producción actual, aun a la luz del riesgo que esta producción creará una generación futura de competencia. De manera inversa a los casos estándares de prácticas predatorias, las ganancias inmediatas de las ventas hacen pequeñas las pérdidas futuras. La competencia actual por la disponibilidad de las existencias resulta ser

26. *Id.*

27. *Id.* en 131-32 (la conclusión de WALLER).

28. 148 F.2d en 425.

29. Para discusión, ver *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986) (reconociendo que “[E]l éxito de cualquier estrategia predatoria depende del mantenimiento del poder monopólico por un período lo suficientemente largo para que el predador recupere las pérdidas y pueda cosechar ganancias adicionales, y *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989) (sosteniendo que una identificación de precios predatorios requiere que los actuales bajos precios del demandado, le permitan una futura recuperación de sus pérdidas.)

mucho más importantes en momentos determinados. El cálculo exacto, incluye la actual presencia en el mercado del aluminio de segunda, pero le da poca importancia en el futuro.

Existen proveedores del exterior que también deben tenerse en cuenta en cualquier definición de mercado. Éstos, no serán considerados en la actual definición de mercado si es que no realizan ventas en los Estados Unidos. Pero difícilmente, deberá ignorarse a los productores extranjeros de cualquier análisis del mercado porque la posible entrada de capitales foráneos ejercerá una presión a la baja en los precios nacionales. La amenaza de las importaciones es importante. El punto aquí es que las fuentes extranjeras no aparecerán en los cálculos del mercado, precisamente, porque los precios bajos los han mantenido fuera de nuestras fronteras. Seguramente, existirán dificultades en estas áreas si es que las importaciones tienen que hacer frente a distintos tipos de barreras tarifarias. Pero, esta dificultad no debe estar bajo el ámbito de aplicación de las leyes *Antitrust*. Las barreras formales a la entrada, siempre son devastadoras por sí mismas y deben —a diferencia de los casos de monopolización— ser el primer objetivo de cualquier política de competencia, de la cual las leyes del *Antitrust* son una parte. La definición de mercado elaborada por el Juez Hand es, desde cualquier punto de vista, muy favorable al gobierno.

2. Poder de Mercado y Acciones Ilegales

Una vez que el Juez Hand elabora su definición de mercado, resulta difícil resistirse a la búsqueda del poder real del mercado. Aún otra vez, todo es difícil de creer? La tasa de 10 por ciento de rendimiento del capital invertido por Alcoa en una empresa altamente especializada, no sugiere que existan fuentes escondidas de poder monopolístico. La pregunta sería, averiguar

cómo éste fue ejercido. En este punto, la pregunta fundamental es averiguar si es que Alcoa efectuó un "abuso" de su posición dominante. El Juez Hand, empieza su análisis con la sabia observación de que, desde que la *Sherman Act* es una ley penal, las Cortes deben de proceder cautelosamente antes de declarar que el poder monopolístico es un pecado en sí mismo.³⁰ Asimismo, él señala que las personas que ejerzan de manera "involuntaria" dicho poder no deben ser sancionadas por tomar ventaja de su buena fortuna o mejor habilidad en los negocios.³¹ Así, si Alcoa asegura su dominio porque empresas rivales son mal gestionadas o porque produce productos superiores, el derecho *Antitrust* no debe intervenir.

Así que todo se orienta a la pregunta sobre si es que una empresa efectúa ciertas acciones indebidas. Teniendo en cuenta, el período de tiempo comprendido en la acusación, cerca de 30 años, es una certeza moral que algunas prácticas abusivas llegaron a ocurrir. Pero, difícilmente se pueda aceptar que estos abusos, aun si fuesen aceptados, podrían provocar la disolución que el Juez Hand contempla. Específicamente, el Juez Hand remarca aquí dos elementos, ninguno de los cuales contiene la suficiente carga como para disolver la empresa. El primer elemento, fue la participación de Alcoa en un cartel internacional que fue efectivamente desintegrado por un acuerdo homologado durante la administración Taft.³² Sin duda, que el ejercicio de dicha posición es un acto ilegal y está sujeto a responsabilidad, en virtud de las disposiciones más flexibles de la Sección 1. Pero, una vez que el decreto se ejecuta, la pregunta clave es cuánto tiempo le tomaría al mercado para regresar a la situación de equilibrio, y la respuesta a esa pregunta debería ser, no mucho. No existen reformas estructurales que deban ser implementadas, y debería ser posible imponer suficientes controles para prevenir la reanudación

30. 148 F.2d en 429-30.

31. *Id.*

32. *See* United States v. Aluminum Co. of Am., Equity No. 159 (W.D. Pa. 1912). Reimpreso en *Decrees and Judgments in Federal Anti-trust Cases*, July 2, 1890-January 1, 1918, en 341-50.

de los patrones previos de comportamiento. El decreto mencionado anteriormente, parece que debiera ser relegado a los libros de historia. Pero, para el Juez Hand, la crucial participación en un cartel a nivel mundial se mantiene, como si fuera la marca de Cain, que es a perpetuidad. La previa participación en ese cartel, brindó amplia evidencia de que *Alcoa* no era un "beneficiario pasivo de un monopolio".³³ Luego, él argumenta que la participación en el cartel influye en la situación actual, al notar cómo *Alcoa* aumentó, agresivamente, su producción para desplazar a sus competidores.³⁴

Una vez más el punto parece estar fuera de lugar. El aumento de la oferta, rara vez sugiere un temor por la futura competencia desde su propia producción futura de aluminio de segunda. Pero, es compatible con el esfuerzo por ganar una porción del mercado correspondiente a los actuales productores de aluminio de segunda y, con el fin de mantener a raya a los productores extranjeros. De ninguna manera, eso se refiere a las prerrogativas de la empresa dominante. El temor usual a la monopolización es que el proveedor dominante producirá menos, lo que bajo modelos estándares les permitiría a las empresas periféricas la posibilidad de expandir su producción en el mercado secundario. Difícilmente, se puede apreciar la estrategia de *Alcoa* como una de predación, debido a que no tenía forma de poder conducir el material de segunda fuera del mercado, dado que los propietarios de dicho material pueden esperar un precio relativamente bajo antes de entrar al mercado en cuestión. Por el contrario, la explicación más adecuada para el aumento de su producción sería que *Alcoa* intentó fijar precios de manera agresiva con el fin de evitar la entrada de proveedores extranjeros de aluminio. No hay nada en su comportamiento que sugiera que tuvo una estrategia coherente, o la habilidad, para llevarse ganancias monopolísticas. De ser ese el caso, la imagen completa sería la siguiente: la

elección incorrecta de la definición de mercado conlleva a una descripción errónea de las acciones que supuestamente constituirían prácticas anticompetitivas ilegales. El gran riesgo de *Alcoa* es que ahora, virtualmente, cualquier decisión destinada a mantener su participación en el mercado podría (mal) interpretarse como un ejercicio indebido del poder monopolístico. Así que, irónicamente, si el Juez Hand estaba en lo correcto, cualquier Corte ingeniosa podría encontrar evidencia de monopolio efectuados por empresas que, indistintamente, reduzcan o aumenten su producción. En este punto, los casos de monopolización tendrían una infeliz semejanza a los supuestos de predación que correctamente han recibido un agresivo tratamiento en los casos decididos y en la literatura académica. Al menos en este punto, *Alcoa* no ha colocado a la ley de monopolización sobre una base sólida. Afortunadamente, parece que ninguna Corte ha seguido al Juez Hand, a través de este camino peligroso.

IV. MÁS ALLÁ DE ALCOA

La aproximación intelectual realizada en *Alcoa* ha ejercido una poderosa influencia sobre la posterior evolución en los casos bajo la Sección 2, principalmente, empujándolos a un enfoque excesivamente agresivo. La siguiente discusión de los casos: *United Shoe Machinery*, *AT&T* y *Microsoft*, es consecuente, con este patrón básico.

1. *United Shoe Machinery*

Las dificultades producidas en *United Shoe*,³⁵ mostraron otros problemas en el esfuerzo por hacer cumplir, agresivamente, las leyes *Antitrust*. *United Shoe Machinery* (USM) se creó como resultado de una fusión entre siete empresas en 1899. El pacto fue, quizás, un legado inusual para Louis Brandeis, en aquel entonces consejero general de la compañía. Las ganancias, sociales y privadas, derivadas de esta fusión fueron altísimas,

33. 148 F.2d en 430.

34. 148 F.2d en 430-31.

35. 247 U.S. 32 (1918).

porque la integración vertical entre los distintos fabricantes de maquinarias detuvo los interminables problemas que se presentaban en esta área. Existen pocas pruebas en la teoría económica antimonopolio que demuestren la existencia de efectos dramáticos sobre los recursos que sean atribuibles a una particular orientación del comportamiento. Pero, la fusión de empresas independientes en una sola entidad con el fin de superar el problema de la "doble marginalización" - la pérdida de producción por el sucesivo comportamiento estratégico de los monopolistas no cooperadores - seguramente contará como uno. Al final del día, la empresa integrada proporcionará un mayor excedente del consumidor y un mayor excedente del proveedor más que cualquier otra situación en que empresas separadas colocan un precio a sus propios bienes y servicios de manera no cooperativa. Las fusiones horizontales pueden promover una colusión. Sin embargo, las fusiones verticales superan los graves problemas de coordinación y, por lo tanto, contienen una eficiencia demostrable en el futuro. Si una ley *Antitrust* no percibe esta diferencia, no vale la pena considerarla.

¿Entonces, qué podemos aprender sobre la historia detrás de *United Shoe*? Dos puntos claves. El primero es que la fusión debe pasar por una evaluación del derecho *Antitrust*. Esta conclusión no fue, sin embargo, abandonada, por cuanto la misma está contenida en la opinión del Juez Holmes en *United States v. Winslow*³⁶ para contrarrestar un cuestionamiento a la fusión a partir de la Sherman Act. Pero, una vez que la fusión fue autorizada, la batalla varió de remedios estructurales a remedios de conducta. De muchas formas, los Estados Unidos atacó a

USM por comprometerse a efectuar prácticas restrictivas, con el fin de obtener el control total de la línea entera de maquinaria de competidores que hubieran podido ofrecer maquinaria en una sola fase de la línea de producción. El acuerdo de la línea integrada no tenía, por supuesto, un paralelo directo con el caso *Alcoa*, en donde las ventas de un solo producto era la cuestión relevante.

La correcta resolución respecto al cuestionamiento a la integración es ilustrativa. El primer punto relevante, es que un control excesivo del Derecho *Antitrust* pone en riesgo su exclusión por prácticas contractuales que pueden perjudicar a un competidor igualmente eficiente. Una vez que USM reúne su maquinaria, la pregunta es si adopta estrategias para prevenir que sus rivales desplacen sus equipos a cualquiera de sus puntos clave. No hay duda que desde un inicio, USM acordó cláusulas para mantener afuera del mercado a personas de fuera. Su enfoque, incluía estipulaciones relacionadas a la duración de los alquileres y a la exigencia de que cualquiera que hubiera utilizado una de las maquinarias de USM debía usar sólo equipos y repuestos de USM, bajo sanción de perder toda la línea. Inicialmente, estas disposiciones fueron convalidadas frente a un cuestionamiento por supuestas infracciones a la Sherman Act en 1918, en el caso *United States v. United Shoe Machinery Co.*³⁷ La decisión fue adoptada por un estrecho 5 a 4, con un fuerte desacuerdo por el Juez Day.³⁸ Cuando el caso volvió a la Suprema Corte, bajo los estándares menos rigurosos de la Clayton Act,³⁹ la opinión discrepante del Juez Day se convirtió en la decisión de la mayoría y el primer grupo de cláusulas fue debidamente eliminado.⁴⁰

36. 227 U.S. 202 (1913).

37. 247 U.S. 32 (1918).

38. *Id.* en 67 (DAY, J. discrepando) (argumentando que las cláusulas restrictivas y prohibitivas de los alquileres eran una restricción al comercio y tienden a monopolizar, por tanto, estaban comprendidas dentro del Sherman Act).

39. Clayton Antitrust Act de 1914, ch. 323, 38 Stat. 730 (codificada en 15 U.S.C. §§ 12-27).

40. *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 258 U.S. 451 (1922) (señalando que las cláusulas infringían la Sección 3 de la Clayton Act, codificada en 15 U.S.C. § 14, prohibiendo los contratos que condicionaran que el "comprador o arrendatario no debe comercializar o utilizar los productos de su competidor" donde "el efecto 'pueda' ser reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio").

El punto clave a destacar, sin embargo, es que ninguna de estas acciones judiciales hizo una menor diferencia en la participación en el mercado de USM. Las personas ajenas al derecho Antitrust podrían apreciar a la línea de ensamblaje desde una base componente por componente, con el fin de prepararse para entradas separadas en cada fase. La respuesta de los consumidores está más dividida. En algunos casos, como en los sistemas de sonido y programas de computadora, los consumidores buscan activamente mezclar y combinar componentes de distintos proveedores, con el fin de encontrar la combinación óptima. Pero, en muchos contextos más rutinarios, la fidelidad domina la perfección, por lo que la mayoría de consumidores tienden a comprar sistemas integrados. Ellos, prefieren los beneficios de la compra en un solo lugar, garantías claras e integración de punta a punta. En consecuencia, la mayoría de consumidores pagarán un extra (monopólico), con el fin de asegurarse de que necesitarán realizar una sola llamada cuando existan inconvenientes con el producto. La sustitución por elementos proveídos por extraños sólo complica todos los elementos post-venta del sistema. Un vendedor, podría afirmar que su maquinaria falló por repuestos de mala calidad provenientes de un equipo de propiedad y mantenido por un tercero. Ningún consumidor quiere estar atrapado en esta especie de fuego cruzado. Es por ello que, virtualmente todos los consumidores reportaron estar satisfechos con USM en puntos claves como servicio e innovación. Estas eficiencias realmente importan. El resultado es que las cláusulas son típicamente redundantes, ya que su invalidación hace poco para socavar el dominio de mercado del sistema integrado.

Así, la pregunta que surge es ¿por qué se insertan estas cláusulas? Una explicación es que las partes no observaron las desventajas de dicha decisión. Estas cláusulas, pudieron ser insertadas cuando la empresa iniciaba sus actividades, antes de establecer su dominio, después de lo cual no serían

revisadas. Sin embargo, esta aproximación no explica mucho *United Shoe Machinery*, en donde el agresivo enfoque que desde el principio tuvo el Departamento de Justicia, reveló para todos la importancia de esta fusión desde su primer día. Quizás, ante la alternativa, la empresa pensó estas cláusulas tenían suficiente justificación comercial para sobrevivir cualquier cuestionamiento por el Derecho Antitrust. Los cuestionamientos iniciales en *United Shoe* se basaron en la fusión en sí misma, no en las prácticas de la empresa, las cuales fueron discutidas en una segunda oportunidad. Pero, aún así, esta explicación funcionara para *United Shoe*, no explicará la tenacidad con que fueron defendidas unas cláusulas similares en el caso *Microsoft*.

Cualquiera fuese la explicación correcta para esta desconcertante persistencia, USM atravesó, quizás, la evaluación más significativa a sus variadas prácticas de arrendamiento desde 1947, cuando el caso fue presentado, hasta 1953, cuando finalmente se resolvió a nivel judicial.⁴¹ En esta ocasión, también, más cláusulas fueron eliminadas, pero con el mismo resultado anterior. No pasó mucho.

Existe una lección en materia de Derecho Antitrust que debe ser aprendida. El gran error de USM fue otorgar a las cláusulas más importancia económica que la que realmente tenían. Siempre y cuando fueron hechas cumplir, resultó ser muy fácil para el gobierno atribuirle el poder de mercado de USM a estas cláusulas. En retrospectiva, el enfoque correcto para USM hubiese sido anunciar la eliminación unilateral de todas las disposiciones contractuales sujetas a evaluación, con el fin de difuminar la iniciativa del gobierno. Sin embargo, la tenaz resistencia a la decisión de 1953, llevó a una frustrada Corte Suprema a requerir el único remedio que no tenía sentido alguno – desintegrar las instalaciones de USM en Beverly, Massachusetts, en tres empresas distintas, ninguna de las cuales podía funcionar adecuadamente.⁴²

41. *United Sintes v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (Mass. D. 1953), *aff'd per curiam* 347 U.S. 521 (1954).
 42. *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 244 (1968), *rev'd* 266 F. Supp. 328 (MASS. D. 1967), *remanded to* 1969 U.S. Dist. LEXIS 13280 (MASS. D. February 20, 1969) [ordenando el desprendimiento].

Aquí, es donde el nexo común entre *Alcoa* y *USM* se vuelve visible. La metáfora más destructiva en *Alcoa* fue la elevada retórica, por parte de Learned Hand, en la necesidad de una ilegalidad *per se* aún cuando toda la evidencia directa sugería que el esquema especial podría tener sentido económico. Ese modo de razonar, no era exclusivo de esa decisión. La misma actitud fue común en otros casos contemporáneos, aún cuando los casos más modernos tomen una visión diferente sobre la materia.⁴³ Por ejemplo, respecto a los casos de contratos con exigencias de exclusiva, esta actitud penetró la igualmente eufórica decisión del Juez Frankfurter en *Standard Oil Co. vs United States* ["Standard Stations"] que confirmó la existencia de una violación *per se*, pero sólo después de una larga discusión sobre las ventajas de eficacia de los contratos con exigencias que ahora fueron formalmente, eliminados.⁴⁴ El Juez Wyzanski, se basó en gran medida en lo dispuesto por la decisión *Alcoa*⁴⁵ y citó *Standard Stations* al decidir invalidar una serie de cláusulas en su decisión de 1953 – pero, sólo luego de que las evidencias detalladas exaltaron las muchas ventajas que la red integrada que *USM* tenía para sus clientes.⁴⁶

De este modo, el espíritu de *Alcoa* continúa vi-viendo. Cuando los jueces hablan de las ganancias de las empresas agresoras "por su propio beneficio, a pesar de los posibles costos", ellas

deben ser capaces de articular un objetivo no económico razonable. Sin embargo, si su único temor es una ansiedad persistente sobre el efecto de la excesiva concentración de la esfera política, entonces habrán aceptado a un perdedor. Por supuesto, es posible leer el extenso ámbito otorgado por la Sherman Act, así como la delegación de amplias franjas de política a las Cortes antes, o hasta, que el Congreso intervin-ga. Esta visión, sin embargo, es estructuralmente inconsistente con la actitud más restrictiva frente a la delegación adoptada antes de que la revolución del New Deal estableciera su punto al respecto.⁴⁷ Pero, aún si esta forma de delegación judicial fuera permisible en ausencia de una explícita prohibición constitucional, las Cortes deben ser capaces de articular una posición Inteligible que merezca su implementación. Pero no existe, lamentablemente, una correlación evidente entre concentración económica y poder político. Las industrias desconcentradas pueden organizar: los granjeros operan en una industria competitiva, pero no en el Capitolio. El mercado político siempre es más amplio que el económico y ninguna empresa como *Alcoa* o *United Shoe Machinery* – o aún *AT&T* – es lo suficientemente poderosa para por sí misma en violentas aguas políticas, especialmente cuando ellas pueden actuar como un pararrayos para estimular a la oposición. En este escenario, todas sus actividades requieren colaboración

43. Una lista parcial de casos que respaldan la visión fuerte de la ilegalidad *per se* incluyen, *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) (contratos de suministro); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986) (predación); *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997) (precios máximos para minoristas); *Verizon Comm'n Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004) (negativa a prestar servicios); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007) (ofertas predatorias); *Loegin Creative Leather Prod. Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007) (mantenimiento de precios de reventa); *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17 (1st Cir. 1990) (recorte de precios por un monopolio íntegramente regulado).

44. 337 U.S. 293 (1949). El Juez Frankfurter señala que los contratos pueden ser "ventajosas para el público consumidor," *id.* en 306, pero sin embargo encuentra que "interpretar (la 63 de la Clayton Act) en el sentido de que requiere probar que actualmente la competencia ha disminuido haría explícita la intención de otorgar inmunidad a las prácticas a las cuales hace referencia," *id.* en 311.

45. Ver, e.g., 110 F. Supp. en 342, 344, 346.

46. 110 F. Supp. en 323 (explicando como la estructura del contrato de arrendamiento ha hecho "fácil para una persona con un pequeño capital y con algo menos que una eficiencia superior llegar a ser un fabricante zapatos").

47. Ver los casos citados supra nota 18. Pero, ver *United States v. Rock Royal Coop. Inc.*, 307 U.S. 533 (1939), un caso antitrust a la inversa. En este caso, la Corte Suprema confirmó una delegación para que el Ministro de Agricultura determino los límites de las "áreas o regiones para el marketing," de leche, *id.* en 576-77, de la mejor manera para permitirle fijar precios.

discreta y alianzas complejas, pero, a menudo, con diferentes grupos para diferentes temas. Construir, por así decirlo, un HHI político y está claro que los números del HHI para USM fueron insignificantes, antes y después de la ruptura. Lo que realmente importó fueron sus eficiencias comerciales. Pero no en el derecho antitrust, que parecía operar bajo la concepción de que mientras existan restricciones explícitas, la magnitud de lo ganado por eficiencia no importaba. Armado con esta actitud, era cuestión de tiempo antes que el Departamento de Justicia y la Corte Suprema concluyeran que eran necesarias medidas más severas para desintegrar USM.⁴⁸ Y así sucedió. Las eficiencias evidentes se perdieron. No se encontró ganancias compensatorias derivadas de la destrucción de una empresa que, de todos modos, estaba empezando a enfrentar competencia extranjera. Un gran e innecesario absurdo de la monopolización.

2. AT&T

Hay pocas dudas que en términos de su impacto global económico, la desintegración de AT&T fue, por lejos, la decisión en materia de monopolización más importante en la historia de la Sherman Act. Pero, su patrón de hechos fue bastante diferente de aquellos presentados en *Alcoa* o *United Shoe Machinery*. AT&T, disfrutó de un monopolio legal en una industria de redes que no admitía solución alguna en términos de competencia. Como consecuencia de su situación particular, fue parte en una serie de acuerdos homologados que señalaban las líneas de negocios comerciales en las que podría participar.⁴⁹ Durante el período relevante,

fue ampliamente regulada por la FCC, que no respondió rápido ni bien a las innovaciones tecnológicas surgidas en la industria. Considero que la estrategia óptima para la FCC era atacar la determinación de AT&T de ser el único y exclusivo proveedor de servicios telefónicos. Pero, el modo de ataque era decisivo. El enfoque más simple y efectivo no era un mandato de desintegración, sino una disposición ordenando a AT&T que permita que otras compañías de telecomunicaciones se interconecten a su sistema. Este último enfoque, posee algunas dificultades técnicas para las nuevas empresas que no pueden comprometerse a actividades que podrían afectar la integridad del sistema y de alguna manera deben encontrarse la forma que permita repartir estos costos de conexión entre AT&T y las compañías entrantes. Pero, como veremos más adelante, estos problemas son inevitables bajo cualquier punto de vista legal, una vez reconocido que las soluciones en términos de competencia no se aplican a las industrias de redes ante la presencia de "externalidades de redes", en donde el valor de cada persona en la red está correlacionado positivamente con el número de personas que pudieran ingresar.⁵⁰

Como resulta evidente, facilitar un régimen de interconexión, no necesariamente bajo supervisión administrativa obligatoria, podría permitir que las redes rivales se desarrollen sin perder las eficiencias generales de tener una red que vincula a todos los suscriptores telefónicos. Pero, el Departamento de Justicia se dejó llevar por su miedo a subsidios cruzados encubiertos entre el servicio local y de larga distancia, si

48. 391 U.S. 244, 252 (1968) (ordenando a la Corte de Distrito que modifique los auxilios para cumplir con los estándares prescritos, requiriendo que "rompa o haga impotente el poder monopólico que hubiera sido calificado como infractor de esta Ley" (citando *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 577 (1966)).

49. Ver, e.g., *United States v. Am. Tel. & Tel. Co.*, (D. Ct. 1914); Reimpreso en *Decrees and Judgments in Federal Antitrust Cases*, July 2, 1890-January 1, 1918, at 483-97 (1918); *United States v. Western Electric Co.*, 1956 U.S. Dist. LEXIS 4076 (D. N.J. 1956).

50. Otra vez ocurre que la integración siempre va a funcionar. Me han dicho (Roger Noll, Stanford) que los tarifas de intercambio que regulan las llamadas, a través de las redes en México son tan elevadas que la mayoría de personas tiene muchos teléfonos para mantener todas sus llamadas con el mismo operador. La lección aquí es que cualquier sistema puede ser perjudicado si los reguladores y los participantes en el Mercado trabajan duro para ello.

la empresa dominante se mantenía integrada verticalmente. Si esta integración vertical se mantenía, la empresa dominante podría estar en condiciones de ejecutar una reducción de precios, mediante el cargo de tarifas infladas tanto para los operadores de larga distancia nuevos como ya existentes.⁵¹ Para los operadores advenedizos, los pagos operan como un costo real, pero para los operadores ya existentes, se trataba de pagos de transferencia dentro de una sola organización. Cuando las tarifas no están reguladas, el portador local integrado puede usar esta estrategia para dejar fuera al ingresante, sin ningún impacto al operador ya existente. Frente a este riesgo, el Departamento de Justicia, liderado por su asistente Fiscal General Adjunto William Baxter, solicitó al Juez Greene separar las líneas de larga distancia (que mantuvieron el nombre de AT&T) de los portadores de línea local, con el fin de evitar estos subsidios cruzados internos.⁵² Implícita en esa determinación estaba la opinión de que ningún remedio menor, por ejemplo, regulación de tarifas, podía prevenir las distorsiones en los precios que resultaban cuando una empresa integrada a dos niveles competía frente a una

empresa que opera en un solo nivel. Pese a sus distintos antecedentes, tanto Greene como Baxter concluyeron que la actual regulación de la FCC del Sistema Bell no podía mantenerse contra un oponente políticamente astuto. Y así, "en una conferencia de prensa de abril de 1981, Bill se comprometió llevar a juicio el caso 'hasta las últimas consecuencias'", lo cual hizo con gran éxito.⁵³ El Juez Greene ordenó la desintegración, pero solo después de haber superado múltiples obstáculos.⁵⁴ Algunos de éstos están relacionados con la interacción entre las leyes *Antitrust* y los esquemas regulatorios administrados por la FCC.⁵⁵ Otros, eran obstáculos internos propios de las leyes *Antitrust*. En el primer caso, tenían que establecerse las tarifas de interconexión y quedó claro para todos que las leyes *Antitrust* no pueden ser usadas para fijar, literalmente, miles de tarifas distintas tarifas en una manera coherente y armoniosa.⁵⁶ Así que una solución del Derecho *Antitrust* no podía contener a la FCC de futuras participaciones en la industria. Y, si la solución de Baxter fue ejecutada para neutralizar un riesgo, seguramente creó otros, incluyendo una regulación más gravosa de AT&T, en relación a otros portadores de larga

51. Para discusión, ver *Town of Concord*, *supra* nota 43, en el que el Juez Breyer da una exhaustiva exposición en la materia. Claramente, "un ajuste de precios sucede cuando el precio de la empresa integrada en el primer nivel es demasiado alto, o su precio en el segundo nivel es demasiado bajo, para que los independientes cubran sus costos y se mantengan en el negocio." *Id.* en 18. Para un reciente ataque a la noción completa de ajuste de precios, ver SIDAK, Gregory J. *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, (Criterion Econ., Research Paper No. 2008-01, 2008), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1119308 (argumentando que una solución regulatoria que asegure el acceso para el productor aguas abajo es siempre un remedio superior en caso se necesite uno).

52. *United States v. Am. Tel. & Tel. Co. (AT&T)*, 552 F. Supp. 131, 141 (D.D.C., 1982), *aff'd*, *Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983).

53. SCHMALENSEE, Richard *Bill Baxter in the Antitrust Arena: An Economist's Appreciation*, 51 *Swa. L. Rev.* 1317, 1326 (1999).

54. *AT&T*, 552 F. Supp. en 225-26.

55. *Id.* en 168.

56. Ver, e.g., *Toys "R" Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000). El asunto principal es la extensión en la cual las Cortes pueden usar las medidas compulsorias en otros contextos. En el acuerdo Bell, el Juez Greene impuso acuerdos para compartir patentes entre varias empresas, *AT&T*, 552 F. Supp. at 214 n.346, salvo aquellos que involucraban costo cero, que no eran viables para telecomunicaciones. Los litigios en materia de patentes, por lo general, requieren que las cortes fijen tarifas para las licencias, pero sólo para infracciones anteriores. Hay mucha resistencia a tarifas eventuales, no solo en los tribunales, sino también en las entidades administrativas, que tienden a fijar estas tarifas de manera errónea. Para mi persistente oposición al otorgamiento de licencias obligatorias en el campo de las patentes, ver EPSTEIN, Richard A., *Steady the Course: Property Rights in Genetic Material*. En: *Perspectives on Properties of the Human Genome Project* 153, 171 (KEEFE, Scott ed., 2003), y EPSTEIN, Richard A., *Intellectual Property for the Technological Age* 16-17 (2006), http://www.nam.org/s_nam/bin.asp?CID=202515&DID=236749&DOC=FI.

distancia que no estaban sujetos a su decreto inicial. Adicionalmente, el Juez Greene tuvo que distinguir todos los elementos de una denuncia básica de monopolización. En este momento, su decisión repitió ciertos temas desarrollados en *Alcoa* y *United Shoe*. Uno de los puntos fue, con un guiño a Karl Marx y Ralph Nader, la aprobación explícita de la gran tradición del derecho *Antitrust*, que observó menos las eficiencias generadas en el mercado y más al temor a una excesiva influencia política de AT&T.⁵⁷ Esta presuposición de indebida influencia política dependía, únicamente de la visión del mundo de Greene, para quien no anticipó ninguna evidencia concreta de los esfuerzos de AT&T para influenciar en largos debates políticos. Más bien, su objetivo clave de negocio era cuidar su esquema regulatorio, mientras se mantenía limpia de todos los largos enredos políticos. A continuación, el Departamento de Justicia tenía que encontrar algunas acciones ilegales para escapar al mandato general de *Alcoa* en el sentido de que el mero ejercicio de poder monopólico no atrae la acción antitrust. Para cualquier empresa en expansión, mantenerse alejada de los problemas no es algo fácil de hacer, especialmente cuando una simple infracción es capaz de desencadenar enormes remedios estructurales. Así que el alegado maltrato a algunas llamadas al interior de la red de MCI originadas en St. Louis proporcionaron la ofensa necesaria para una desintegración a nivel nacional.⁵⁸

Las justificaciones alegadas para esta ruptura fueron débiles, así como sucedió con *USM*. En la visión del Juez Greene, por supuesto, AT&T, incluso en el período en el que estuvo sujeta a regulaciones extremas, abusó de su posición

monopólica para cortar el acceso a nuevas empresas. Pero, el Juez Greene no pudo encajar adecuadamente los abusos cometidos por AT&T y el remedio previsto por la legislación antitrust. Sin embargo, como en otros casos, el Juez Greene no se basaba en estrechas consideraciones económicas. Más bien, él invocó los mismos temores políticos expresados en *Alcoa* para explicar por qué no aplicaba un remedio menos gravoso. Desafortunadamente, él se equivocó en sus estimaciones respecto a la futura composición de la industria, creando una estructura que no hubiera podido sobrevivir. A través de un conjunto de maniobras prolongadas y complejas, el esquema del Juez Greene fue descifrado por completo. Las empresas dominantes son ahora empresas verticalmente integradas que participan en todos los segmentos del mercado. No hay apariencia alguna con el sistema de dos niveles del año 1982. Lo que una vez fue un monopolio inseparable de los portadores de línea locales, actualmente, han sido desplazados por el teléfono celular y la transmisión VOIP.

Por supuesto, existe la interrogante "qué pasaría si", que se pregunta cómo estas nuevas tecnologías habrían – "podrían" parece ser más apropiado – evolucionado si se hubiera permitido a AT&T preservar su monopolio en el estado previo a 1982. La respuesta para esa pregunta es sumamente difícil de adivinar. En la innovación, al monopolista le puede ir bien o mal. En gran medida, depende de quién esté a cargo. Con un CEO activo, la innovación podría florecer. En cambio, con uno tímido, nada sucederá. Debe dejarse que el diseñador en jefe del sistema acierte en el protocolo técnico correcto y podría ser que todos los sistemas "avancen". Pero,

57. Bajo disposición del servicio al cliente de AT&T, un competidor podía interconectarse con la red de AT&T sólo si la interconexión ocurría en el cambio de equipos ubicados en los locales del cliente, donde la comunicación se generaba o terminaba. El efecto de esta restricción era evitar que los competidores pudieran entrar gradualmente en el mercado interurbano y efectivamente impedir su ingreso al mercado en general. Por ejemplo, como consecuencia de esta restricción, un cliente cuya única oficina estaba ubicada en St. Louis podría no escoger utilizar los servicios de un competidor de AT&T para parte de la ruta (e.g., desde St. Louis a Chicago), y luego los servicios de AT&T para el resto de la comunicación (e.g., desde Chicago a Bethesda, Maryland) porque el cliente de St. Louis no tenía los "locales" en Chicago que AT&T requería para la interconexión. Por lo tanto, para recibir el servicio de Bethesda así como de Chicago, el cliente era obligado a adquirir ambos servicios de AT&T. (AT&T, 552 F. Supp. en 161 n.123.)

58. *Id.* en 161 n.123.

deja que la misma persona cometa un error y no existirá fuerza correctiva capaz de enmendar dicho error. Por lo tanto, las variaciones de los resultados son mayores a las que existirían bajo una situación de competencia. Es por este motivo que Philip Weiser ha sido tan insistente en el poder de bloqueo del monopolio de AT&T con respecto a la habilidad de ésta para evitar la introducción de las fibras ópticas hasta que pueda amortizar el costo de sus líneas de cobre.⁵⁹

Sin embargo, incluso aquí la situación de fondo es más complicada porque AT&T no era un monopolio puro y simple, sino un monopolio regulado. La resistencia de AT&T a las nuevas generaciones de tecnología dependía, básicamente, en la regulación que se aplicaba a los costos de recuperación de sus inversiones. En estos temas, el enfoque correcto para la regulación es que se busca hacer una correlación precisa sobre una base anualizada entre las pérdidas económicas en el valor del sistema y el monto de recuperación del costo permitido por los clientes.⁶⁰ El punto es reducir la discreción política de los reguladores que, de otro modo, podrían decir "lo que no te hemos pagado hoy, te lo podemos pagar mañana" – cuando puede que el mañana nunca llegue.

Una lección a ser aprendida de la situación de AT&T es que los reguladores asignarán, si son liberados de sus restricciones contables anuales,

nuevas tecnologías con una vida útil excesivamente larga, con el fin de reducir las tarifas para los consumidores, mediante la extensión de la recuperación de costos en años adicionales. En otras palabras, si AT&T se hubiese enfrentado a un periodo más preciso y corto para la recuperación de los costos, entonces se hubiera movido más rápido para incluir sus nuevas inversiones en la tarifa base donde, una vez más, los reguladores podrían haber permitido una rápida recuperación de gastos. Exactamente cuanta influencia ejerció AT&T sobre los reguladores es algo que nadie sabe, lo que hace difícil asignar responsabilidad por el cronograma para el establecimiento de tarifas. Pero, al menos una pequeña parte de la lenta introducción debe ser atribuida a preferencia de los reguladores por los esquemas bajo costo/baja innovación frente a los escenarios alto costo/alta innovación. Así que, irónicamente, el episodio entero confirma el argumento de Harold Demsetz de que la regulación de tarifas lleva consigo extensos costos dinámicos, los mismos que son muy fáciles de pasar por alto.⁶¹

Adicionalmente, es igualmente erróneo pensar que la única alternativa para el acuerdo homologado de Bell era el mantenimiento del status quo, cuando no es así. Durante la década de 1970, la FCC abrió lentamente el sistema Bell para las interconexiones. No existe razón alguna por la que dicho enfoque no hubiera podido continuar

59. Ver: WEISER, Philip J. *The Internet, Innovation, and Intellectual Property Policy*, 103 Colum. L. Rev. 534, 579-83 & n.185, 588, 592-93 n.252 (2003).

60. Ver, para la ahora desestimada proposición que cada año se mantiene por su propia pie, *Bd. of Pub. Util. Comm'n v. N.Y. Tel. Co.*, 271 U.S. 23, 31-32 (1926) (BUTLER, J.) (citas omitidas).

La compañía solo está obligada a compensar y, para tener el servicio, los clientes deben pagar por él. La relación entre la empresa y sus clientes no es de socios, agente y principal, o fiduciaria y beneficiario. Las rentas pagadas por los clientes del servicio pertenecen a la compañía. De existir, el remanente luego del pago de impuestos y gastos operativos, incluyendo los costos de depreciación, son la compensación de la empresa por el uso de su propiedad. Si no hay retorno, o su monto es menor que razonable, la empresa debe soportar la pérdida. Las pérdidas anteriores no pueden utilizarse para aumentar el valor de la propiedad o como prueba de una afirmación en el sentido de que las futuras tarifas son confiscatorias. Y la ley no requiere que la empresa, para el beneficio de sus futuros suscriptores, renuncie a una parte de lo acumulado por operaciones pasadas. Las ganancias del pasado no pueden utilizarse para sustentar tarifas confiscatorias para el futuro.

id.

61. DEMSETZ, Harold. *Why Regulate Utilities?*, 11 J.L. & Econ. 55, 63-65 (1968).

como parte de un caso de monopolización bajo la Sección 2.⁶² Una vez efectuada, el riesgo del dominio sobre la innovación comentado por Weiser disminuye proporcionalmente. Pese a que es una especie de mito decir que la interconexión permite la competencia perfecta, aun facilita que las empresas entrantes puedan realizar innovaciones en su porción de la red, lo que les permitiría ganar clientes del sistema establecido. Además, en este aspecto, la lenta tasa de recuperación de costos sigue generando problemas porque, implica que AT&T no podría recuperar sus costos si es que una parte significativa de sus clientes se traslada a las empresas entrantes, lo cual es bastante probable si éstas poseen tecnología superior. Esta tasa de traslados puede generar graves riesgos de una baja compensación para las empresas operadoras, que tratarán de resistir la innovación de sus nuevos competidores. Por lo tanto, en este contexto, también será importante para los operadores una tasa de depreciación más rápida.⁶³ Pero, esta situación no llega al mismo nivel existente de manera previa a la situación de AT&T antes de 1982, donde el sistema era, a la vez, la solución y el problema.

Estas observaciones sobre AT&T muestran una vez más los riesgos de iniciar un caso de mono-

polización bajo la Sección 2 sin una clara visión de donde terminará. En el mundo del mejor segundo, que es el mundo de las industrias de redes, la presunción debe favorecer el status quo al menos que puedan mostrarse mayores ventajas sociales, no sólo en materia de responsabilidad, sino especialmente en los perjuicios. Por supuesto que es difícil calcular las pérdidas sociales de la desintegración original. Pero, ésta estableció el camino para la regulación de la FCC bajo la *Telecommunications Act* de 1996,⁶⁴ que cometió errores graves por centrar su atención, una vez más, en el remedio de la interconexión, esta vez a favor de un sistema que requiera de todos los operadores locales la provisión de una desconcertante variedad de elementos de redes a los rivales entrantes por un precio ganga, lo cual condujo a una crisis severa en la industria de la telecomunicaciones.⁶⁵

3. Microsoft

El último de los casos complejos bajo la Sección 2, involucra a la saga de Microsoft, que se ha extendido por un período de 15 años, comenzando con el procedimiento que dio lugar al Acuerdo Homologado de 1994.⁶⁶ Esta moderna saga también presenta una mezcla distintiva

62. Para una discusión más extendida sobre este punto, ver EPSTEIN, *supra* nota 4 at , y EPSTEIN, Richard A. *Reflections on the 1982 Bell System Consent Decree: In Praise of Interconnection*, Fed. Comm. L.J. (forthcoming).

63. Es ilustrativo recordar que las preocupaciones por la depreciación fueron notoriamente desestimadas por la Corte Suprema en *Verizon Comm'ns v. FCC*, 535 U.S. 467 (2002). En esta decisión, la Corte confirmó el uso de las leyes TELRIC (Total Element Long-Run Incremental Costs) para los proveedores del servicio. *Id.* at 523. Este sistema fue, conscientemente, diseñado para no permitir la recuperación total de los costos asociados con las inversiones en la red más allá de su actual período de uso. En efecto, el sistema permitió que los nuevos ingresantes paguen solo los costos que serían asociados con la red más eficiente que hubiera sido diseñada a la fecha en la que la transferencia tuvo lugar, de manera que el riesgo de obsolescencia y los errores fueran todos de responsabilidad del proveedor – sin un incremento de las tasas de retorno autorizadas como una manera de compensar el riesgo. En efecto, el sistema utilizó los usos más pequeños y los costos base utilizables de *Smyth v. Ames*, 169 U.S. 466 (1898) (permitiendo el uso del valor de la propiedad al momento de la evaluación para calcular la tasa justa de retorno), con una menor tasa de retorno que en *Fed. Power Comm'n v. Hope Natural Gas*, 320 U.S. 591 (1944), aplicable cuando el regulador logra incluir todos sus costos en la tarifa base, sin deducciones. En efecto, la decisión impuso una baja tasa de retorno a una reducida base tarifaria.

64. *Telecommunications Act* de 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (codificada como una enmienda en las secciones aisladas de 47 U.S.C.).

65. Para explicaciones, ver Peter Huber, *Telecom Undone—a Cautionary Tale*, *Commentary*, January 2003, disponible en <http://www.commentarymagazine.com/viewarticle.cfm/telecom-undone-a-cautionary-tale-9553>, y EPSTEIN, Richard A. *Takeings, Concessions, and Associations: Why the Telecommunications Act of 1996 Misfired*, 22 *Yale J. Reg.* 315 (2005).

66. *United States v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 311 (D.D.C. 1995) (denegatoria de acuerdo homologado), revisado,

de elementos nuevos y tradicionales. Como en el caso de AT&T, el procedimiento antitrust fue seguido contra la empresa dominante en una industria de redes, donde no había una solución posible en términos de competencia. El caso difiere de la situación de AT&T, pues no presentó ningún problema de fijación de precios, dado que las interconexiones se hicieron a costo cero. Entonces, el mayor obstáculo para la aplicación de las leyes Antitrust fue removido, porque todas las interconexiones podrían ser hechas sin imponer costos de acceso para las partes. Por lo tanto, la pregunta clave es, cómo debe aplicarse la doctrina cuando existen una variedad de soluciones que encuadran dentro de su capacidad mediadora.

En este sentido, la versión más fuerte de la teoría de la monopolización se inspira en la ley de transporte público (*law of common carriers*), especialmente, el clásico caso inglés *Allnutt v. Inglis*,⁶⁷ que en efecto, sostuvo que mientras las partes normalmente contratarían entre ellas en términos que sean mutuamente aceptables, las empresas portadoras tenían la obligación de prestar su servicio a un precio razonable de una manera no discriminatoria. Una forma de ver este caso es tratar a la parte demandada en *Allnutt*, como si tuviera una "facilidad esencial" dada su posición exclusiva.⁶⁸ La Corona le había concedido al propietario de un almacén el derecho de almacenar mercancías destinadas a la exportación sin tener que pagar los derechos normales a la importación. Era el único almacén que disfrutaba dicho privilegio. Dejado a su

propio esquema, el demandado podría haber cargado un monto en exceso al nivel competitivo, pero menor al monto correspondiente a los impuestos aplicables. Esa decisión le hubiese permitido maximizar sus ingresos, pero hubiese desviado una fracción del comercio de Inglaterra y, por lo tanto, afectado los esfuerzos de la Corona en convertir a Inglaterra en un centro para el comercio internacional. Felizmente, en *Allnutt* los remedios fueron sencillos. En este caso, el precio competitivo fue fácilmente determinado, simplemente viendo el costo de almacenamiento de mercancías destinadas para el comercio interior.

Allnutt se convirtió en la consigna para la fijación de precios en los casos en los Estados Unidos, a partir de su uso como precedente en el caso *Munn v. Illinois*.⁶⁹ Las complejidades de los procedimientos de fijación de precios en los monopolios naturales, típicamente habían sacado estos casos fuera de las leyes antitrust, dada su encomiable aversión a los procedimientos de fijación de precios. Pero dicho ejercicio no es requerido, cuando los costos cero entre las partes establecen un fuerte punto de equilibrio. Como he comentado en otros lugares, la consecuencia natural de este punto de vista de la monopolización implica que, cuando el precio está fijado en cero, la única obligación que queda es asumir la interconexión en igualdad de acceso sin términos discriminatorios.⁷⁰ Sin embargo, vale la pena señalar que esta disposición de no discriminación puede llegar a tener un uso anticompetitivo. No me extenderé más en el tema, pero creo que

United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995), previa a United States v. Microsoft Corp., 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533 (D.D.C. Aug. 21, 1995) (aprobación de acuerdo homologado).

67. 104 Eng. Rep. 206 (K.B. 1810).

68. Los tribunales americanos son reacios a moverse vigorosamente en esta área. La doctrina originada con *United States v. Terminal R.R. Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912) (estableciendo una obligación para garantizar un acceso razonable a terceros a un terminal de ferrocarriles importante), pero siguieron las limitaciones. Ver, e.g., *Official Airline Guides, Inc. v. FTC*, 630 F.2d 920 (2d Cir. 1980) (manteniendo que no hay un deber de llegar a un acuerdo con todos los potenciales clientes en otra industria); *Olympia Equip. Leasing Co. v. W. Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986) (por poco interpretando un fallo de "facilidad esencial" en *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985), señalando que "los monopolistas no están en la obligación de ayudar a sus competidores, pero sí necesitan abstenerse de conductas anticompetitivas como en la denegatoria al acceso a facilidades esenciales").

69. 94 U.S. 113, 127-29 (1876).

70. Ver Epstein, Richard A., *Antitrust consent decrees*, en 74-75.

el análisis de William Page y Seldon Childers, de lo más reciente del proceso bajo el acuerdo homologado de Microsoft, demuestra una vez más como las leyes antitrust se pueden poner al servicio de fines anticompetitivos.⁷¹ El inocente requerimiento de no discriminación, según Page y Childers, permitió a los competidores de Microsoft solicitar, constantemente, protocolos más precisos para hipotéticas interconexiones respecto de las cuales no mostraron su deseo de implementarlas en la práctica. El costo de efectuar una solicitud es bajo; el costo de cumplimiento en tiempo y dinero es sustancial. El efecto termina siendo que la acción privada bajo un proceso originado por un acuerdo homologado en materia antitrust es utilizado para aumentar los costos de la empresa rival a niveles que no guardan relación con la eficiencia. La lección clara que se debe tomar de este lamentable episodio es que el problema del abuso de los remedios en los acuerdos homologados en materia antitrust se mantiene, incluso cuando esperamos que su fantasma haya sido exorcizado.

Este conjunto de sucesos desafortunados tiene serias implicancias para las otras teorías de la monopolización que han avanzado con el fin de pisarle los talones a Microsoft. Un posible enfoque, descansa sobre la demanda de un acuerdo, pero esta teoría fue abandonada durante el caso porque una decisión de la Corte de Apelación ordenó al tribunal inferior a aplicar la más difícil regla de la razón por encima de la regla per se.⁷² No obstante, en este contexto, la naturaleza poco convencional de la reclamación convenció al Gobierno de no seguir adelante.⁷³ La integración de un producto vinculante y vinculado no es concordante con el reclamo vinculante usual, considerando la reclamación

de Microsoft de que la integración incrementa el valor del producto vinculante. Finalmente, el Gobierno decidió no seguir adelante con la reclamación, debido a que es difícil efectuar una reclamación de aprovechamiento cuando el navegador fue proporcionado gratuitamente.

La versión más fuerte de los argumentos empleados por el Gobierno fue la afirmación del "mantenimiento del monopolio", basada en la visión de que las restricciones tecnológicas y contractuales de Microsoft tenían como fin evitar que otros navegadores ganaran una porción del mercado de consumo. La fuerza de esta teoría depende básicamente en el juicio empírico consistente en que descargar otro navegador es lo suficientemente molesto que los consumidores normalmente no se harían problemas, mientras el Internet Explorer (IE) de Microsoft esté disponible. En este supuesto, Microsoft debe ser advertida de señalarles a los fabricantes de equipos originales que sólo pueden instalar el Internet Explorer en sus paquetes. Siempre es difícil evaluar estas afirmaciones empíricas, especialmente desde que IE se mantiene como el navegador dominante, incluso después de haberse eliminado estas restricciones. Por tanto, es difícil determinar qué beneficios adicionales acompañan a este remedio, una vez que Microsoft está sujeto a las obligaciones comunes de las empresas portadoras. Mi sensación es que, dada la facilidad de descargar gratuitamente un programa, la ventaja no es del todo sustancial. En efecto, hay mucho que decir para la posición de Microsoft que su producto integrado – la nueva versión de la línea de maquinaria integrada de United Shoe – ayudó a mejorar la eficiencia promedio del sistema en su conjunto, en particular, su navegador Internet Explorer.⁷⁴

71. PAGE, William H. & CHILDERS, Seldon J. *Measuring Compliance with Compulsory Licensing Remedies in the American Microsoft Case*, 75 *Antitrust L.J.* (2008), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1149862 (discussing *New York v. Microsoft Corp.*, 531 F. Supp. 2d 141 (D.D.C. 2008)).
72. Ver: Press Release, Department of Justice, Justice Department Informs Microsoft of Plans for Further Proceedings in the District Court (Sept. 6, 2001), http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8981.htm (retiro de una denuncia por ventas atadas).
73. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89-97 (D.C. Cir. 2001).
74. Ver la parte relevante del caso, *id.* at 84, para un resumen de los elementos distintivos de los elementos de la reclamación "le-in".

En el reclamo de monopolización efectuado por el Gobierno, el elemento inicial involucra la definición del mercado, que presenta la situación usual en que los sistemas Macintosh y Unix son sustitutos imperfectos para el sistema operativo de Microsoft. En la visión de la Corte, los costos de movilización eran muy altos.⁷⁵ Incluso, esta determinación es por un periodo limitado, para el desarrollo de los chips compatibles de Intel que permita a varias computadoras trabajar con cualquier o con ambos sistemas. Pero, para estos efectos, la conclusión es seguramente defendible, especialmente bajo cualquier modelo estático. Sin embargo, como en *Alcoa*, se ignoran muchos de los elementos tecnológicos dinámicos. El mayor peligro para Microsoft no provino del lento deterioro de su situación de su posición por competidores conocidos. Se basa en la posibilidad de que sistemas operativos alternos – piénsese en la computación en nube que desplaza el dominio de las computadoras de mesa) – lo superarán.

El caso para una intervención antitrust, más allá del (correctamente administrado) remedio de no discriminación es difícil de evaluar. Durante la década de 1990, el nivel del poder de la computación estaba más limitado, de manera tal que en el corto plazo la posición de Microsoft parecía más inexpugnable que en la actualidad. Pero, aun cuando las alternativas tecnológicas sean limitadas, la intervención del gobierno probablemente sea desaconsejada, por dos razones. Primero, la fuerte posición de Microsoft induce a atraer rápidamente nuevas innovaciones al mercado. Es difícil de evaluar, en abstracto, si estas ganancias son socialmente compensadas mediante una reducción de incentivos, y fácilmente podría convertirse en asuntos que son difíciles de traer a discusión en un proceso ordinario. Segundo, el riesgo siempre presente de una gran transformación de los mercados ayuda a mantener los precios a la baja para el sistema en su conjunto. Es difícil

saber qué tan bajos. No importa la estructura del mercado, los avances tecnológicos ejercerán una fuerte presión a la baja de los precios, aun en una situación de monopolio. En este momento, es mejor una pregunta abierta sobre si la tramitación continua de un procedimiento por 15 años y contando ha producido alguna ganancia social digna de su nombre. En este punto, la empresa tuvo que transformarse a una cultura de cumplimiento, incluso sacrificando la innovación. Calcular los costos de estos pequeños cambios está más allá de la comprensión de cualquiera. Pero, el estancamiento de los precios de las acciones de Microsoft plantea al menos una bandera roja. Sin duda, existen otros factores que podrían explicar una parte de este resultado. El mercado tecnológico, no se ha recuperado plenamente de la crisis sufrida en el 2000. Microsoft, se enfrenta a todo el peso de tratar de mantener un largo crecimiento a partir de una gran capitalización del mercado. Pero dicho esto, sólo tiene que enfrentarse a la carga adicional de cumplir un decreto homologado que ha excedido su utilidad y, si debe darse crédito a Page y Childers, se ha desviado de sus objetivos. Liberarse del acuerdo sería una manera de evitar la especulación de los diversos componentes que causaron los mediocres resultados obtenidos por Microsoft desde que el Gobierno inició sus acciones contra esta.

En este sentido, es desde mi punto de vista irónico que la crítica dominante del decreto haya tomado el camino opuesto, insistiendo en que éste no fue lo suficientemente lejos.⁷⁶ Desde esta perspectiva, el remedio necesario era una desintegración de la empresa en las divisiones de aplicaciones y sistemas operativos. Una razón para este resultado fue que Microsoft utilizó sus prácticas restrictivas para atacar OS/2.⁷⁷ Pero dicha alegación sólo demuestra que Microsoft cometió el mismo error de defender sus disposiciones contractuales que ya había sido hecho antes por United Shoe. Había muchas razones

75. *Id.* en 52.

76. Ver, e.g., HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 292-300 (Harvard University Press 2005). Mi respuesta en: Epstein, *supra* nota 4, en 100-08.

77. HOVENKAMP, *supra* nota 76, en 299

para creer que el OS/2 era un programa con muchos errores y sin aceptación de los consumidores. Mantener en vigencia las disposiciones contractuales que eran cuestionadas sólo ocultaba sus debilidades competitivas, haciéndolas aparecer que las prácticas restrictivas, y no una inferioridad en los diseños, eran la razón de su declive. De nuevo, la eliminación de las condiciones restrictivas no elimina la eficiencia de extremo a extremo, que es valiosa aquí como lo fue en United Shoe.

Por lo tanto, el caso presenta el patrón familiar en el que se piensa que la adopción de prácticas restrictivas ha tenido un impacto mayor al que realmente tuvieron. Una vez más, todo el problema desaparece si estas prácticas son prohibidas, por supuesto con pequeños efectos a nivel general. Así, es altamente dudoso que una desintegración ordenada judicialmente habría probado un éxito duradero mayor que la anterior decisión de desintegración del caso AT&T. Puede ser capaz de contrarrestar el riesgo de las subvenciones cruzadas entre las dos divisiones, pero ¿y qué? Siempre y cuando los usuarios de PC puedan descargar software compatible de manera gratuita de internet, no se presenta ninguno de los elementos de fijación de precios que condenó el decreto de AT&T. En adición, la separación elimina todas las ventajas de la integración, mientras que le otorga a la nueva empresa operadora fuertes incentivos de subir sus precios, dada su incapacidad de innovar en el campo de las aplicaciones. Es difícil, decir si sería posible crear un régimen en el que todos los fabricantes de aplicaciones y equipos podrían ser tratados equitativamente. Las diferencias en el tamaño y en el éxito previo podrían fácilmente llevar a complicaciones que coloquen a unos

competidores en una posición preeminente respecto a otros. Al final, creo que el decreto inicial del Juez Kollar-Kotelly (antes de su imprudente extensión) estuvo acertado. Su decreto, duró sólo cinco años e hizo hincapié en el tema de las interconexiones.⁷⁸ La obligación fundamental para Microsoft era asegurarse de que cualquier competidor potencial en cualquier aplicación relevante o en el mercado de los navegadores, pudiera tener acceso igualitario a su sistema operativo como un todo. Asimismo, mantuvo algunas de las restricciones iniciales a las prácticas contractuales que se habían introducido tan temprano como el acuerdo homologado de 1994.⁷⁹

El acuerdo homologado de Microsoft, específicamente en su versión modificada, resultó en una supervisión costosa de Microsoft, pero es de lejos más favorable que los requerimientos del Comité Europeo de Competencia, que utilizó la idea de la monopolización para ordenar a Microsoft, en esencia, que abra sus interconexiones internas para que los competidores puedan contar, al menos en parte, con los secretos comerciales de Microsoft, para facilitar el desarrollo de sus propios sistemas operativos.⁸⁰ El valor exacto de estas revelaciones no es del todo claro, pero si resultan de poca ayuda para las empresas rivales, ¿por qué ordenar la revelación de todo? En este punto, tenemos la inversión clásica del antitrust, que se ha observado a menudo en conexión a conductas contrarias a la legislación antitrust: un sistema que está pensado para preservar la competencia, se transforma en uno que requiere el subsidio cruzado entre empresas, provocando la distorsión de los recursos y obstaculizando la competencia. En ese sentido, por lo menos, la situación norteamericana demuestra signos de

78. *United States v. Microsoft Corp.*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 76862 (D.D.C. September 7, 2006).

79. *United States v. Microsoft Corp.*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533 (D.D.C. Aug. 21, 1995).

80. Ver *Commission Decision of 24 March 2004, COMOP/IC-3/37.792*, disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, *Microsoft Corp. v. Comm'n of the European Cmtes. Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber)*, 17 September 2007 (Case T-201/04). Para la opinión del experto de Microsoft en la protección de los secretos comerciales, ver MILGRIM, Roger M. *Microsoft against The Commission of the European Community*, August 10, 2005. Ver además MILGRIM, Roger M. *Commission proposed capital punishment: by definition, for trade secrets, a uniquely valuable IP right*, 88 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 919 (2006). Para mi punto de vista, ver EPSTEIN, Richard A., *Unilateral Practices and the Dominant Firm: The European Community and the United States*, En: *Legal Foundations of Free Markets* 191, 215-22 (S. Copp ed., 2008).

progreso, a través de la reducción de los remedios orientados a la desintegración de empresas en los casos de monopolización, lo que explica la ausencia de ejemplos modernos. Queda observar si esta tendencia se revertirá con el tiempo.

V. CONCLUSIÓN

El estudio de estos casos de monopolización genera varios resultados claros. En primer lugar, estos casos son difíciles de llevar. Los costos de litigar son enormes. Es seguro que las incertidumbres que generan tengan un impacto adverso en la innovación y progreso tecnológico, aunque sólo sean por las distracciones que crean en la alta dirección. Aún así, en estos casos, los escenarios de los remedios son desalentadores, por cuanto es mucho más difícil separar una empresa existente que evitar la fusión de dos empresas separadas, las cuales tienen su propia integridad operativa. Ningún funcionario responsable del gobierno debería

de iniciar uno de estos casos, al menos que el objetivo esté claramente determinado desde el principio. La evaluación histórica nos cuenta una historia diversa. En un sentido, la buena noticia es que son pocos los casos de monopolización masiva iniciados. Afortunadamente, fue el caso que las circunstancias y el tiempo corrigieron el error judicial. Todas las conclusiones arribadas en *Alcoa*, fueron erróneas, pero no tuvo consecuencias negativas únicamente, a causa de la oportuna aparición de *Kaiser and Reynolds Aluminium*. Pero no siempre. *USM*, fue acosada por constantes litigios por cerca de 70 años, antes que se desintegrara justo cuando la competencia extranjera estaba creciendo. *AT&T*, se dividió en un diseño institucionalmente defectuoso que duró sólo por una generación. *Microsoft*, apenas sobrevivió a una desintegración mal diseñada. Dado este panorama, la descripción de "absurdos de la monopolización" es, tal vez, un poco cruel, pero refleja los peligros de un exceso de ambición en la Sección 2 de la *Sherman Act*.